UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

# PROCEDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE ET PROCEDURE CIVILE

## CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE L'INSTANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*présentée et soutenue le 8 Juin 1960*

PAR

CHARLES DEBBASCH

MEMBRES DU JURY :

*Président :* M. Jean BOULOUIS, Professeur

*Suffragants* { M. L. TROTABAS, Professeur
M. WEIL, Professeur
Mlle LOBIN, Professeur
M. G. CORNU, Professeur

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1961

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547027_0041

# PROCÉDURE
# ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE
# ET
# PROCÉDURE CIVILE

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

# PROCEDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE ET PROCEDURE CIVILE

## CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE L'INSTANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*présentée et soutenue le 8 Juin 1960*

PAR

CHARLES DEBBASCH

MEMBRES DU JURY :

*Président :* M. Jean BOULOUIS, Professeur

*Suffragants* { M. L. TROTABAS, Professeur
M. WEIL, Professeur
Mlle LOBIN, Professeur
M. G. CORNU, Professeur

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1961

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

*A MES PARENTS.*

*A MA FEMME.*

## *Principales abréviations*

| | |
|---|---|
| A.J. ..... | Actualité Juridique Droit Administratif. |
| Art. ..... | Article. |
| Bull. civ. ..... | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambres civiles. |
| Bull. crim. ..... | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambre criminelle. |
| c. ..... | contre. |
| C. civ. ..... | Code civil. |
| C. proc. civ .... | Code de procédure civile. |
| Cass. ..... | Cour de cassation. |
| Chr. ..... | Chronique. |
| Civ. ..... | Cour de cassation, chambre civile. |
| Crim. ..... | Cour de cassation, chambre criminelle. |
| Comp. ..... | Comparez. |
| D. ..... | Recueil Dalloz. |
| D.A. ..... | Recueil Dalloz analytique. |
| D.H. ..... | Recueil Dalloz hebdomadaire. |
| D.P. ..... | Recueil Dalloz périodique. |
| E.D.C.E. ..... | Etudes et Documents du Conseil d'Etat. |
| Gaz. Pal. ..... | Gazette du Palais. |
| J. ..... | Jurisprudence. |
| J.C.P. ..... | Jurisclasseur périodique (Semaine Juridique). |
| J.O. ..... | Journal Officiel. |
| Obs. ..... | Observations. |
| R.D.P. ..... | Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger. |
| Rec. ..... | Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux et du tribunal des Conflits et des jugements des tribunaux administratifs. |
| Req. ..... | Cour de cassation, Chambre des requêtes. |
| Rev. adm. ..... | Revue administrative. |
| R.J.P.U.F. ..... | Revue Juridique et Politique de l'Union Française. |
| R.P.D.A. ..... | Revue pratique de droit administratif. |
| Rev. trim. dr. civ. | Revue trimestrielle de droit civil. |
| S. ..... | Recueil Sirey. |
| Som. ..... | Sommaire. |
| T. ..... | Tables. |
| Tr. adm. ..... | Tribunal administratif. |
| Tr. Confl. ..... | Tribunal des Conflits. |
| Tr. civ. ..... | Tribunal civil. |

*« Il s'agit, dans les divers domaines, de reprendre en parallèle l'étude des deux disciplines, afin de marquer, avec plus de rigueur qu'on ne l'a fait jusqu'ici, le point exact où elles divergent ».*

(J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif*, *R.D.P.* 1953, p. 279.)

## *Mode de citation des décisions de jurisprudence*

Les décisions et jugements des juridictions administratives sont cités avec leur date et le nom du requérant, suivis de la référence au Rec. ou à tout autre périodique. Lorsque la décision citée émane du Conseil d'Etat, elle n'est précédée d'aucune indication concernant la juridiction. Sauf, si elle a été rendue par la Section du contentieux ou l'Assemblée plénière.

*Exemples :*

20 juin 1913, Téry, Rec. 736
10 août 1918, Villes, S. 1922.III.57 (troisième partie, p. 57)
Section, 12 octobre 1956, Desseaux, Rec. 364.

Les jugements et arrêts des tribunaux judiciaires ne seront pas cités avec le nom du requérant, mais uniquement avec leur date précédée de l'indication de la juridiction qui les a rendus, suivie de la référence aux recueils de jurisprudence.

*Exemples :*

Civ. 6 novembre 1889, D.P. 1889.V.287.
Lyon (Cour d'appel de), 29 juillet 1947, D. 1948, Som. 23.

# INTRODUCTION

1. — L'étude comparée de deux domaines voisins du droit privé et du droit public n'a pas le mérite de l'originalité. Elle a été inaugurée à peu près à la même époque par MM. Cornu et Chapus dans le domaine de la responsabilité. Depuis, de nombreuses études n'ont pas manqué d'être effectuées pour tenter de rapprocher, par une étude comparée, deux domaines du droit qui ont plus de titres d'union que de discorde. L'objet de notre étude se rattache directement à ce courant doctrinal. Il s'agit d'examiner dans un même esprit la procédure (1) en vigueur devant les juridictions judiciaires de l'ordre civil et celle pratiquée devant les juridictions administratives.

2. — Une étude serrée de chacune de ces procédures ne peut méconnaître les règles appliquées dans l'autre. Un même problème — celui de savoir comment doit être exercée la juridiction contentieuse des tribunaux — est résolu dans ces deux procédures. Il importe de savoir s'il est résolu de la même manière. Selon les résultats de ces investigations, on pourra, en effet, mesurer la portée exacte des bouleversements introduits dans l'instance administrative par la présence d'un justiciable public.

On se demandera constamment quel est le motif de l'unité ou de la diversité des deux procédures sur un point donné. L'organisation du procès dans les deux matières dépend-elle, de contingences législatives ou jurisprudentielles, ou bien est-elle le fruit de la différence de nature entre litiges soumis au juge civil et litiges soumis au juge

(1) Nous entendons par procédure l'ensemble des règles suivant lesquelles s'exerce la juridiction contentieuse des tribunaux (v. Morel, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition Sirey, 1949, p. 5).

(2) H. Solus, *Cours de droit judiciaire privé*, 1957-58, p. 4.

administratif ? On aura alors la justification exacte de l'unité ou de la dualité des procédures. On pense aussi que cette étude permettra de répondre à la question de savoir quelle est la meilleure des procédures.

3. — L'étude comparée qui fait l'objet de notre thèse est une étude de procédure. Elle est tout entière enserrée dans les limites de cette technique des règles suivant lesquelles s'exerce la juridiction contentieuse des tribunaux. Elle ne s'étendra pas, en principe, à l'étude des problèmes de compétence et d'organisation judiciaire, bien que certains de ses aspects soient liés à ces derniers problèmes. Les professeurs Morel et Solus (2) ont montré, de manière indiscutable, les liens de la procédure, de la compétence et de l'organisation judiciaire. Mais ces liens ne rendent pas nécessaire une comparaison de la compétence et de l'organisation judiciaire administratives et civiles. On ne peut contester les différences des deux matières dans ces derniers domaines. En revanche, en matière de procédure, seule une étude approfondie des deux disciplines peut permettre de connaître l'état de leurs rapports respectifs.

4. — Le rappel d'une règle de méthode s'impose au début de cette thèse. La comparaison n'est possible qu'entre des choses dont l'existence n'est pas discutée et entre lesquelles on perçoit *a priori* quelques caractères communs. Or, sur ces deux points, notre thèse paraît, dès le départ, porter à faux. L'existence aussi bien que la possibilité d'un rapprochement entre les deux procédures paraissent pouvoir être mises en doute.

5. — *L'existence des deux procédures.* — L'existence de la procédure civile en tant que corps de règles organisé est certaine. Un Code détermine depuis 1806 l'essentiel des principes applicables à l'instance civile. Certes, dans ce texte, tout n'est pas nouveau : la réglementation de la procédure civile remonte à 1667. Tout, également, ne s'y trouve pas : la jurisprudence et le législateur ont eu l'occasion, à plusieurs reprises, de compléter ou de modifier le texte initial. Ce dernier constitue néanmoins un texte de base, un point de référence constant. Bien que de nombreux textes prévoient des procédures particulières dans des matières déterminées, une procédure de droit commun s'impose dans la grande majorité des espèces. Jurisprudence, doctrine et pratique ont, depuis 1806, dégagé *la procédure civile* en organisant et en systématisant de nombreux textes. En un mot, la procédure civile de droit commun — sur laquelle nous concentrerons notre travail — est connue et étudiée (3). L'abondance des traités de

(3) Il est vrai cependant que la doctrine en procédure civile s'est longtemps enfermée dans un point de vue exégétique. Vizioz devait critiquer cette manière de voir dans son article, « Observations sur l'étude de la procédure civile », *op. cit.*, p. 3. Il cite Tissier qui remarquait en 1910 « l'étude de la procédure est languis-

procédure, leur renouvellement, leur progression constante en quantité aussi bien qu'en qualité ne peuvent manquer de frapper (4). Surtout si l'on examine la situation de l'autre matière.

La construction de la procédure administrative contentieuse s'est faite pas à pas. Devant le Conseil d'Etat, le décret du 22 juillet 1806 règle quelques points de la procédure contentieuse. Il s'inspire à plus d'un titre du règlement du 28 juin 1738. Mais, jusqu'à la loi du 22 juillet 1889, les conseils de préfecture doivent improviser les règles de procédure applicables devant eux. Même après cette loi, les textes se révèlent insuffisants. Du seul point de vue quantitatif, les quelque deux cents articles épars concernant la procédure administrative contentieuse ne peuvent prétendre rivaliser avec les mille articles du Code de procédure civile.

A cette insuffisance de textes, s'ajoute un défaut d'étude doctrinale de la procédure administrative. Les auteurs étudient bien, vers les années 1900, les différents problèmes de procédure (5). Mais, leur méthode n'est pas excellente. Ces traités de procédure contiennent tantôt des affirmations doctrinales inspirées des théories civiles, tantôt des références au Code de procédure civil sans qu'aucun arrêt du Conseil d'Etat ne soit cité à l'appui. Cette ébauche d'étude de la procédure administrative contentieuse est cependant d'autant plus intéressante à noter qu'elle sera suivie d'un engourdissement de près de cinquante ans. Il existe, de nos jours, de nouveaux traités de procédure (6). Leur orientation purement pratique et leur caractère

sante ; les chaires de procédure sont peu recherchées... On sait, d'ailleurs, que notre littérature juridique n'est pas bien riche dans ce domaine de la procédure civile ; nous n'avons en France aucune revue sérieuse des questions de procédure et les études doctrinales un peu poussées sont ici peu nombreuses ».

(4) Nous nous contenterons de citer ici les ouvrages essentiels, renvoyant pour pour le reste à notre bibliographie. GARSONNET et Cézar BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e édition, 9 volumes, 1912-1925 et supplément 3 volumes, 1931-1938. GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3e édition, 5 volumes, 1925-1936. « Encyclopédie de procédure civile et commerciale », Dalloz (2 volumes, 1955-56) constitue déjà une étude considérable, v. également SOLUS H., *Cours de droit judiciaire privé*, 1957-58. MOREL, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition, Sirey, 1949. CUCHE et VINCENT, « Précis de procédure civile et commerciale », 11e édition, Dalloz, 1958. CORNU et FOYER, « Procédure civile », Thémis, 1958, mise à jour 1960 (Commentaires de la réforme judiciaire).

(5) CLÉMENT, *Exposé pratique de la procédure suivie devant le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits*, 1882. COMBARIEU, *Traité de la procédure administrative devant les conseils de préfecture*, 1890. ARNOUX, *De la procédure contentieuse et de la recevabilité des pouvoirs devant le Conseil d'Etat*, 1899. TEISSIER et CHAPSAL, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, 1891. CHAUVEAU et TAMBOUR, *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, 2 volumes, 1896.

(6) MÉJEAN Ch., *La procédure devant le conseil de préfecture*, Thèse, Paris, 1949 (Dalloz, 1950, préface M. Prélot) mise à jour 1957. LENOAN, *La procédure devant le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort*, Thèse, Paris, 1954 (Dalloz, 1954, préface M. Waline). GABOLDE, « Traité pratique de la procédure administrative contentieuse tribunaux administratifs, Dalloz, 1960.

incomplet ne peuvent satisfaire. Quant aux traités de droit administratif, ils sont contraints, à cause de l'abondance de la matière, de se borner à une description sommaire de la procédure (7). L'étude de la procédure administrative contentieuse est à tel point insuffisante qu'on a pu légitimement se demander si cette procédure existait vraiment.

En matière administrative, l'existence *d'une* procédure contentieuse a été contestée. Le doyen Hauriou affirme dans son traité : « Il existe une procédure administrative ». Mais il poursuit : « A la vérité, il en existe plusieurs, en ce sens qu'il y a une procédure à suivre devant le Conseil d'Etat, une autre devant les Conseils de préfecture, sans parler des tribunaux spéciaux » (8). On ne peut manquer d'être étonné par la diversité des textes applicables ou par les multiples orientations de la procédure en vigueur devant chaque type de juridictions administratives. Il existe néanmoins une procédure administrative contentieuse, dont le champ d'application s'étend de jour en jour. Hauriou lui-même remarquait, après avoir affirmé la diversité des procédures administratives : « Toutes ces procédures, malgré des différences de détail, présentent des caractères communs de telle sorte qu'on peut en extraire un corps de règles générales » (9).

La procédure administrative contentieuse a été forgée par le Conseil d'Etat. La Haute Assemblée s'est appliquée, dans la mesure où les textes le lui permettaient, à unifier, homogénéiser le corps des règles de procédure. Par des efforts constants, elle a tout d'abord réussi à unifier les règles applicables devant elle et celles en vigueur devant les tribunaux administratifs (10). L'ensemble de ces règles peut être considéré comme le droit commun de la procédure administrative. Cette manière de voir a été confirmée par le législateur.

Le décret du 10 avril 1959 proclame que la loi du 22 juillet 1889 est applicable « dans toutes les instances portées devant le tribunal

(7) V. cependant le cours de contentieux administratif (1957-58), 3 fascicules du conseiller d'Etat R. Odent.

(8) Hauriou. « Précis de droit administratif et de droit public, 12e édition, Sirey, 1933, p. 491.

(9) *Op. cit.*, p. 492.

(10) V. sur ce point F. Méjan, « Les différences entre les procédures devant le Conseil d'Etat et devant les tribunaux administratifs », E.D.C.E. 1957, p. 142. C'est au commissaire du gouvernement R. Odent que revient le mérite d'avoir noté avec le plus de netteté cette tendance (conclusions sur 25 novembre 1949, Société technique des appareils centrifuges industriels, S. 1950.III.33, Penant, 1951.I.127, note R.E. Charlier, R.J.P.U.F. 1949, p. 474, note M.). Dans ses conclusions M. R. Odent remarque : « Vous attachez ainsi aux liens profonds qui unissent les tribunaux administratifs ordinaires de premier ressort plus de valeur qu'aux différences progressivement atténuées qui les distinguent encore ... au cours de ces quarante dernières années, les conseils de préfecture et les conseils du contentieux administratif se sont considérablement rapprochés aussi bien quant à leur composition et à leur organisation que quant à l'étendue de leur compétence... »

administratif, sauf dispositions spéciales contraires (9). Cette tendance à donner une valeur de principe à la procédure de la loi du 22 juillet 1889 se retrouve en matière fiscale depuis la réforme du 28 décembre 1959. L'affirmation législative de l'existence d'une procédure contentieuse de droit commun devant les juridictions administratives appuie le mouvement jurisprudentiel. C'est pourquoi le Conseil d'Etat prépare une nouvelle extension du champ d'application de la procédure de droit commun. Les juridictions administratives sont nombreuses (12). Les règles de procédure applicables devant ces juridictions ne sont, bien souvent, pas déterminées. Le Conseil d'Etat ne laisse pas ces juridictions élaborer une procédure autonome. Il a dégagé des règles générales de procédure dont l'application s'impose, même sans texte, devant toutes les juridictions administratives. Ces règles ne recouvrent certes pas toute la procédure. Le Conseil d'Etat les étend cependant progressivement. Il réintègre ainsi ces juridictions dans l'ordre de droit commun.

Procédure de droit commun devant les tribunaux administratifs et bientôt devant toutes les juridictions administratives, rapprochement de cette procédure et de celle suivie devant le Conseil d'Etat, tout ceci fait que l'on peut parler aujourd'hui *d'une* procédure administrative contentieuse, à l'image *d'une* procédure civile. Il est donc légitime de faire de cette procédure l'objet de notre étude.

6. — *L'autonomie des deux procédures.* — Le problème de l'autonomie de la procédure administrative contentieuse s'est posé parce que, pendant plusieurs années, l'absence de texte a conduit les juges administratifs à appliquer certaines dispositions du Code de procédure civile. Plus particulièrement, devant les Conseils de préfecture, avant 1889, l'absence de toute loi organisant la procédure à suivre amène le Conseil d'Etat a reconnaître applicables certains articles du Code de procédure civile. Mais la jurisprudence est alors plus qu'incertaine. Parfois, le Conseil d'Etat étend sa propre procédure aux Conseils de préfecture. Dans d'autres espèces, il s'inspire, en revanche, des règles du Code de procédure civile. L'incertitude est complète. Aussi, un auteur a-t-il pu affirmer « en présence de ces divergences, grand doit être l'embarras des Conseils de préfecture et de leurs justiciables. Un jour on leur dit qu'il est interdit de s'affranchir des prescriptions du Code de procédure. Le lendemain, on leur enseigne qu'aucune loi ne les oblige à se conformer à ces mêmes prescriptions... Ainsi, de quelque façon qu'ils procèdent, ils courent au même degré la chance de voir annuler ou de voir maintenir leurs

(11) V. F. MÉJAN, « La réforme de la procédure contentieuse administrative », Rev. adm., 1959 p. 144 (spécialement, p. 159).

(12) JACQUEMART, *Le Conseil d'Etat, Juge de Cassation,* Thèse, Lille, 1956 (L.G.D.J. 1957, préface R. Drago), pp. 107 et suiv. PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français, évolution et régime actuel,* Thèse, Nancy, 1957 (Sirey 1957, préface F. Luchaire), pp. 324 et suiv.

opérations » (13). Il suffira de montrer un exemple de ces tergiversations, mais il est particulièrement frappant. Le même jour, le Conseil d'Etat refuse d'appliquer une disposition du Code de procédure civile et prêche l'application d'un autre article. Le 27 février 1862, il estime dans une espèce « Eaux thermales de Vichy » qu' « aucune disposition de loi ou de règlement n'a rendu l'article 61 du Code de procédure civile applicable « aux demandes portées devant les juridictions administratives » (14). Mais, dans une autre espèce jugée le même jour « Commune de Sissonne », il vise l'article 464 du Code de procédure civile et reproduit dans ses motifs l'alinéa 2 de ce texte (15).

Tout se clarifie dès qu'intervient la loi de 1889. Désormais — le principe est acquis — les juridictions administratives ne sont jamais liées par les dispositions du Code de procédure civile. Certes, on trouve encore dans les arrêts quelques références expresses à ce Code. Mais il n'en résulte pas pour autant que l'autonomie de la procédure administrative contentieuse soit remise en cause. L'autonomie signifie simplement que le Conseil d'Etat n'est pas *obligé* d'appliquer les textes du Code. Rien n'empêche cependant la Haute Assemblée de mettre en vigueur devant les juridictions administratives tel texte ou tel principe de procédure. La règle ne tire sa force que de la volonté jurisprudentielle du Conseil d'Etat et non de l'impératif légal. Elle se trouve intégrée au droit administratif ou plus exactement à la procédure administrative contentieuse.

Jacquelin, dans un article publié en 1903 (16), a tenté de remettre en cause cette autonomie. Il pense « que le Code de procédure civile est applicable à la procédure administrative dans le silence de la loi, à moins de texte contraire. A la proposition de la doctrine courante : dans le silence de la loi administrative, inapplication du Code de procédure civile, il faut opposer la proposition diamétralement inverse : à moins d'un texte formel, retour au droit commun de la procédure ordinaire ». Cette opinion n'a pas été retenue. A l'heure actuelle, une doctrine unanime reconnaît cette autonomie (17). Comme le remarque le professeur J. Rivero « l'autonomie du droit admi-

(13) Réverchon, *Journal Le Droit*, 3 et 4 juin 1861, cité par Teissier et Chapsal, *op. cit.*, p. 10.

(14) 27 février 1862, Eaux thermales de Vichy, Rec. 154. Le conseil de préfecture avait décidé « que l'article 61 du Code de procédure civile exige, à peine de nullité que l'exploit d'ajournement mentionne l'objet de la demande, principe applicable aux instances devant les tribunaux administratifs.

(15) 27 février 1862, Commune de Sissonne, Rec. 164.

(16) Jacquelin, « L'évolution de la procédure administrative », R.D.P. 1903.

(17) Hauriou, *op. cit.*, p. 492. Lenoan, *op. cit.*, p. 25. Waline, « Droit administratif », 8e édition, Sirey 1959, n° 355. de Laubadère, « Traité élémentaire de droit administratif », 2e édition, L.G.D.J. 1957, p. 393. Vedel, *Droit administratif*, t. II, 1959, p. 329. Trotabas, « Science et technique fiscales », Dalloz 1958, p. 335. Rivero, « Droit administratif », Dalloz, 1960, p. 179.

nistratif s'affirme sur le terrain de la procédure comme sur le fond du droit » (18).

7. — *L'opposition des deux procédures.* — L'autonomie des deux procédures justifie l'essai de comparaison entrepris. Il semble également qu'elle le compromette. Elle a, en effet, été interprétée de manière si absolue que d'autonomie, elle s'est transformée en opposition, pour ne pas dire en antagonisme des deux procédures.

Sur le terrain des principes, tous les auteurs soulignent les traits qui donnent toute son originalité à la procédure administrative contentieuse. Cette dernière n'est-elle pas écrite alors que la procédure civile est orale, n'est-elle pas inquisitoriale alors que la procédure civile est accusatoire ? Tous ces traits sont mis en valeur pour montrer l'antagonisme des deux matières. L'intervention du juge dans la procédure administrative contentieuse est particulièrement mise en relief. Elle bouleverserait toutes les règles de procédure. Si bien que toute comparaison se heurte dès l'abord à une fin de non-recevoir : il est inutile de comparer, puisque, *a priori*, les deux matières n'ont aucun point commun.

C'est pourquoi tous les auteurs, croyant à l'antagonisme fondamental des deux procédures, ont restreint leur étude à l'une d'entre elles. Et ceci n'a fait qu'accroître la division des deux disciplines. La doctrine du droit public et celle du droit privé se sont réservé chacune l'étude de la procédure correspondant à leur spécialité. On ne sera pas alors autrement étonné de constater que l'on se trouve dans deux mondes différents. La nature des problèmes étudiés en procédure administrative contentieuse et en procédure civile n'est pas la même. Alors que l'on voit la doctrine du droit public faire de la décision préalable des délais d'introduction de la demande, l'objet presque exclusif de ses recherches de procédure, la doctrine du droit privé n'envisage quasiment pas ces problèmes. La comparaison en apparaît d'autant plus inutile si l'on reste dans les cadres traditionnels.

8. — *Les conditions de la comparaison.* — La comparaison, pour être possible et pleinement valable, implique un effort de rénovation de la doctrine classique d'opposition. Non pas qu'il faille écarter *a priori* cette doctrine. Ce serait, en effet, tomber dans un travers inverse. Mais il faut plutôt s'efforcer de repenser les deux disciplines dans le même esprit. Il faut rechercher, dans le détail, sans idées préconçues, les solutions qui sont retenues par chacune des jurisprudences. La doctrine classique pêche en effet par un défaut capital. Elle a opposé les principes des deux procédures sans assortir ses affirmations d'aucune étude précise de celles-ci et particulièrement de la procédure administrative contentieuse. Or, c'est justement de cette

(18) Rivero, *op. cit.*, p. 179.

étude précise des deux disciplines, dans un même esprit, que doit jaillir le sens de leur rapprochement ou de leur opposition.

9. — *Le cadre de la comparaison.* — La comparaison exige la reconstruction des deux procédures dans une unité qui leur soit commune. Or, il existe une notion fondamentale de procédure : l'instance, qui ne doit pas être considérée comme la propriété des privatistes, plutôt que celle des publicistes. Elle est constituée par un enchaînement de formes et de délais en vue de parvenir à la solution d'un litige. Elle doit aboutir à la prononciation d'un jugement. Ainsi, « l'instance se présente comme un tout dont les éléments sont liés et doivent être envisagés dans leur connexion, elle-même déterminée par l'unité de but » (19). En procédure civile, aussi bien qu'en procédure administrative contentieuse, il s'agit de résoudre des litiges. Les éléments qui constituent l'instance doivent pouvoir être retrouvés aussi bien dans l'une que dans l'autre discipline. C'est dans cette unité fondamentale de la procédure que nous étudierons les deux matières. *Le simple fait d'étudier les deux matières dans un même élément,* sans les opposer de manière factice, *va permettre de mettre en relief les ressemblances ou les différences.*

Le défaut majeur de l'instance est d'être une notion contestée. Pour certains auteurs, elle est une pure notion de droit privé. Elle ne crée de rapports juridiques qu'entre les parties. Pour d'autres, elle est un concept de droit public. L'Etat ne peut se désintéresser de la solution des litiges. Il met le juge public à la disposition des parties. Il est donc normal que des obligations pèsent sur ces dernières, que la loi investisse le juge de certains pouvoirs pour résoudre le litige qui oppose les parties.

L'intérêt de cette discussion est cependant de mettre en lumière deux éléments fondamentaux de l'instance.

Dans la situation actuelle de notre droit — et sauf en matière pénale — le juge ne se saisit pas tout seul. Ce sont les parties qui doivent introduire l'instance. Comme le litige existe entre les parties, et non pas entre les parties et le juge, ce sont celles-ci qui vont délimiter les éléments de leur controverse. Il est normal qu'elles soient maîtresses de cette délimitation et que l'instance la protège.

Mais la solution de l'instance ne peut pas être à la discrétion des parties. L'instance est un remède à un trouble social. Elle doit, pour remplir ce but, ne pas s'aligner toujours sur la volonté des parties. La loi oblige ces dernières à se soumettre à un certain nombre de prescriptions. Elle arme également le juge de pouvoirs suffisants pour résoudre le litige.

On doit retrouver également ces deux éléments en procédure administrative contentieuse et en procédure civile. On peut d'ores et

(19) Vizioz, *Observations sur l'étude de la procédure civile, Etudes de procédure,* Bière, 1956, p. 11.

déjà affirmer que, cependant, en matière administrative, l'obligation légale doit être plus étendue qu'en matière civile. La nature des litiges portés devant le juge administratif, si elle ne s'oppose pas à la liberté des parties dans la matière de la fixation du cadre de l'instance, paraît en revanche exiger que des obligations plus lourdes pèsent sur les parties lors de la solution de l'instance. C'est cette double proposition que l'étude comparée des deux procédures permettra de vérifier.

PREMIÈRE PARTIE : *La fixation du cadre de l'instance par les parties.*

DEUXIÈME PARTIE : *La solution de l'instance dans le cadre de la loi.*

PREMIÈRE PARTIE

# LA FIXATION DU CADRE DE L'INSTANCE PAR LES PARTIES

10. — L'opinion de la doctrine classique insiste en ce domaine sur les éléments particularistes de la procédure administrative contentieuse. A son avis, la décision préalable contredit le droit d'initiative des personnes privées. Quant au caractère inquisitorial de la procédure administrative, il bouleverse les éléments de l'instance que les parties ont pu déterminer. Les pouvoirs d'initiative du juge détruisent l'initiative des parties.

Ces propositions ne correspondent pas au droit positif. L'étude des deux procédures va notamment démontrer que, dans ce domaine de la fixation du cadre de l'instance, le juge n'a pas plus de titres d'intervention en procédure administrative contentieuse qu'en procédure civile. Dans les deux procédures, l'instance a une origine privée. Elle ne signifie pas qu'une personne publique ne puisse pas prendre l'initiative du procès mais que, tout simplement, aucune contrainte judiciaire ne pèse sur les personnes qui introduisent l'instance.

11. — Cette démonstration sera menée en deux temps. Il s'agira tout d'abord de montrer que dans les deux procédures l'instance a une origine privée. Seules les personnes en cause dans l'instance en fixent les limites. On verra ensuite que dans le cadre qu'elles ont fixées, ces personnes bénéficient d'un ensemble de garanties. Le litige sort définitivement et irrémédiablement tranché de l'instance. Il faut donc garantir et protéger les droits et intérêts des personnes que la controverse a amenées en justice.

TITRE I^er^. — *L'origine privée de l'instance et les limites de l'instance.*

TITRE II. — *Le déroulement de l'instance et la garantie des droits et intérêts des personnes en cause.*

# TITRE PREMIER

## *L'ORIGINE PRIVEE DE L'INSTANCE ET LES LIMITES DE L'INSTANCE*

12. — L'initiative des parties et, notamment, celle du demandeur, fixe, aussi bien dans la procédure civile que dans la procédure administrative contentieuse, des bornes au litige. Le demandeur détermine les éléments essentiels de l'instance : objet, cause et parties. Il lui donne une unité qui la caractérise et la distingue des autres instances.

Mais, et c'est là ce qui marque l'instance en tant qu'institution de procédure, si le demandeur et, subsidiairement, les autres parties, gardent la faculté de donner un cadre à leur litige, ce cadre se fixe peu a peu. L'instance devient une limite qui enserre l'activité des parties dans les bornes qu'elles ont déterminées en premier. Au fur et à mesure que l'instance chemine vers sa solution, leur possibilité d'étendre le cadre du litige se réduit peu à peu.

Aussi, après avoir montré comment les pouvoirs du demandeur sont à l'origine de l'instance (chapitre I[er]), nous insisterons sur le fait qu'ils s'épuisent dans l'instance (chapitre II).

## CHAPITRE PREMIER

### *Les pouvoirs du demandeur sont à l'origine de l'instance.*

13. — L'introduction de l'instance paraît s'opérer dans chaque procédure d'une manière qui entraîne pour chacune des matières étudiées une originalité.

En procédure civile, pour cette introduction (1), on cite le défendeur à comparaître devant le tribunal par un acte appelé ajournement. La prise de contact entre les futures parties en justice se réalise donc antérieurement à la saisine du tribunal. Dans la procédure administrative contentieuse, le demandeur saisit en premier lieu le juge par voie de requête (2). En fonction de celle-ci, la juridiction mettra en cause les défendeurs. Les rapports entre les parties naissent donc postérieurement à la saisine du tribunal.

Le demandeur abdique apparemment dans la deuxième procédure une partie de ses prérogatives. Le fait qu'il soit dans les deux procédures à l'origine de l'instance, explique cependant qu'il reste doté, en procédure administrative contentieuse aussi bien qu'en procédure civile, de deux principaux pouvoirs.

Le premier est un pouvoir d'initiative : le demandeur met l'ins-

(1) ZARZYCKI J., *De la demande en justice*, Thèse, Caen, 1937.

(2) La loi du 22 juillet 1889 dans son article 4 prévoyait que « les parties peuvent faire signifier leur demande par exploit d'huissier ». Cette disposition a été abrogée par le décret du 10 avril 1959, article premier. V. F. MÉJAN, « La réforme de la procédure contentieuse administrative », Rev. Adm 1959, p. 144.

tance en mouvement, toute l'instance résultera de son acte d'introduction. Ce premier pouvoir lui confère par contrecoup une deuxième prérogative : celle de fixer le cadre de l'instance dans tous ses éléments subjectifs et objectifs. C'est à l'étude de ces deux pouvoirs qu'il faut, à présent, s'attacher.

## Section I

### Le demandeur a l'initiative de l'instance.

14. — *Le demandeur* a l'initiative de l'instance. Il détient le pouvoir d'en fixer, dans une première approximation, le cadre. Dans l'évolution du litige, il est *la première partie*. Tout litige, en matière civile ou administrative, suppose un demandeur. Aucun ministère public n'a, même dans le contentieux objectif, l'initiative de l'instance. Ce n'est qu'exceptionnellement, à l'occasion de débats qui ne sont pas vraiment contentieux ou encore en matière disciplinaire, qu'une personne aura le droit de mettre en mouvement la justice sans être, à proprement parler, partie. En ce qui concerne le demandeur, la question se pose ici plus sur le terrain philosophique que juridique : est-il déterminé à agir par sa propre volonté, est-il libre de prendre l'initiative de l'instance, ou bien une puissance extérieure l'oblige-t-elle à saisir la justice ?

15. — Si l'on analyse la logique d'un litige, la réponse apparaît clairement. Le cadre des rapports de droit met en présence des personnes physiques ou morales (publiques ou privées). De ces rapports naissent des actes juridiques unilatéraux ou bilatéraux obligeant les personne par action ou par omission, les unes à l'égard des autres. Lorsqu'une personne prétend qu'une autre a violé à son égard le droit ou la légalité, elle exige de cet adversaire le rétablissement de la situation à son profit ; s'il refuse, elle peut être conduite à mettre en mouvement la justice. Le déroulement des rapports juridiques impose cependant que ce soit toujours la même personne qui agisse. Dans la plupart des cas, en effet, où le litige ne se résoud pas de manière amiable, une personne exige une action ou *omission* tandis qu'une autre, détenant le pouvoir de donner satisfaction, use de la force d'inertie. Supposons, par exemple, un litige entre une personne privée et l'assureur de l'automobiliste qui a blessé cette personne; la logique veut — et la pratique démontre abondamment — que lorsque la situation en arrive sur le plan contentieux, le demandeur est pour ainsi dire prédéterminé. L'assureur se repose sur sa puissance juridique et de fait : il est en désaccord avec la victime, quant à l'indemnisation, n'ayant rien à lui demander il attendra d'être assi-

gné. La personne privée, elle, exige une prestation. Elle doit, pour la voir satisfaire, *demander* en justice (3). *L'instance se déroule* donc *entre une partie qui réclame et une partie qui dispose d'un pouvoir suffisant pour refuser en dehors de toute solution judiciaire.* L'instance suppose donc, dans sa genèse, le choc de deux puissances inégales, la plus faible devant la mettre en mouvement sous le nom de demandeur.

Ce qui étonne dans le contentieux administratif : le fait que le demandeur soit presque toujours l'administré (4), n'est que la conséquence de l'inégalité des pouvoirs en cause, celui de l'administration et celui de la personne privée. Si bien que la situation peut se définir en deux propositions : lorsque l'administration dispose d'un pouvoir suffisant, elle est défenderesse, lorsque l'administration ne détient pas un pouvoir suffisant, elle peut être demanderesse.

## Sous-Section I

### Lorsque l'Administration dispose d'un pouvoir suffisant, elle est défenderesse. (5)

16. — Si, en principe, « l'exécution forcée d'une obligation ou, d'une manière plus générale, la réalisation matérielle d'un droit par la contrainte et la coercition, nonobstant toute opposition, doit être précédée d'un recours aux tribunaux seuls habilités à délivrer la formule exécutoire sur le vu de laquelle la force publique peut être mise en mouvement » (6). M. Pactet note : « Force nous est de constater, toutefois, que ce principe ne s'applique pas en droit administratif ». L'administration dispose, en effet, du pouvoir de réaliser elle-même ses droits en prenant des décisions exécutoires. L'individu, pour lutter contre cette prérogative, devra prendre l'initiative d'un recours au juge, dans lequel il aura la qualité de demandeur. Sans entrer ici dans les controverses doctrinales qui ont été abondamment exposées

(3) De même, si un litige se produit sur la question de paternité entre un enfant naturel et le père prétendu, le premier aura l'initiative de l'instance parce que le second dispose d'un pouvoir suffisant pour résister à sa prétention en en dehors de toute solution judiciaire.

(4) P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Thèse, Paris, 1952, v. p. 61, titre II, « La détermination du demandeur et du défendeur ».

(5) R. Chinot, *Le privilège d'exécution d'office de l'Administration*, Thèse, Paris, 1945 ; M. Lefébure, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration en droit anglais et français*, Thèse, Paris, 1957 (dactylographiée) ; Ch. Sirat, « L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative », J.C.P. 1958.I.1440.

(6) Pactet, Thèse citée, p. 65.

(7), on peut noter que le privilège d'action d'office s'impose en principe dans la jurisprudence administrative. Il permet à l'administration d'agir par décision exécutoire (8). Il ne faut pas le confondre avec l'exécution forcée d'une décision administrative qui n'est possible que dans des cas délimités avec précision par le Conseil d'Etat (9). Après avoir essayé, tout au long de sa thèse, de démontrer que l'administration ne dispose pas d'un pouvoir d'action d'office, M. Chinot doit conclure : « Malgré les tendances manifestées par la jurisprudence récente, le principe demeure que le particulier doit d'abord obéir ou laisser faire, et réclamer ensuite ». *En procédure administrative contentieuse, le demandeur est, comme en procédure civile, prédéterminé. Mais, une des parties ayant un pouvoir constant, la qualité de demandeur de l'autre — la personne privée — sera aussi générale que ce pouvoir.*

17. — L'originalité de cette situation, née de ce que l'administration, ayant pour tâche de satisfaire à l'intérêt général, doit pouvoir le satisfaire sans délai, *proprio motu*, a conduit la jurisprudence administrative à poser un second principe non moins important : *lorsque l'administration dispose du pouvoir d'action d'office, elle ne peut saisir le juge au lieu de prendre une décision* (10). Ce principe se dessine dans la jurisprudence du Conseil d'Etat dès 1875 par un arrêt élections de Saint-Martin du Bon Fossé (11). Il trouve sa source au plus profond des caractéristiques de notre droit administratif. L'administration est en France exécutive et non pas judiciaire. Elle ne peut se défaire de ses prérogatives pour demander au juge de prendre la décision à sa place. Le pouvoir d'action d'office s'impose à elle comme il s'impose à l'administré. La jurisprudence la plus récente maintient cette solution (12). Ainsi, par un arrêt du 13 juillet 1956, Office public d'habitations à loyers modérés du département de la

(7) CHINOT, Thèse citée.

(8) Le Doyen Hauriou notait déjà (« Les éléments du Contentieux », Rec. de législation de Toulouse, 1905 p. 93) : ... « L'activité administrative n'est qu'une longue procédure scandée par des décisions exécutoires, interrompue accidentellement par des instances contentieuses, ... les instances contentieuses sont toujours d'une façon ou de l'autre, préparées par une procédure administrative qui lui sert de préface, qui permet à l'administration de prendre la situation la plus avantageuse, notamment celle de défendeur... »

(9) T.C., 2 décembre 1902, Société Immobilière de Saint-Just, Rec. 713, concl. Romieu, D. 1903.3.41, concl. Romieu, S. 1904.3.17, concl. Romieu, note HAURIOU, LONG, WEIL et BRAIBAUT, 2e édit., p. 40.

(10) L. CAVARRÉ, *Les recours de l'Administration devant le juge*, Thèse, Toulouse, 1920.

(11) 20 mars 1875, Elections de Saint-Martin-du-Bon-Fossé, Rec. 285.

(12) Chronique Combarnous et Galabert sur Section 9 janvier 1959, Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de Boulangerie, A.J. 1959.1.69 : L'autorité de tutelle « peut toujours déférer au juge de l'excès de pouvoir une décision qu'elle n'a pas le pouvoir d'annuler : en l'espèce, le Ministre aurait pu faire un recours contre la décision de l'administration générale de l'assistance

Seine (13), le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la question de savoir si l'administration peut solliciter du juge des référés une mesure qu'elle pourrait prendre elle-même contre son co-contractant ; il a réaffirmé qu' « il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant... des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose, à l'égard de ces derniers, de pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché » (14). De même, par un arrêt Marcotte du 4 février 1955 (15), la Haute Assemblée pose que « le Secrétaire d'Etat ayant le pouvoir de rapporter la décision ministérielle contestée n'est, par suite, pas recevable à demander au Conseil d'annuler une décision en tant qu'elle inscrit le sieur Marcotte au tableau d'avancement supplémentaire pour 1949 ». L'administration ne dispose. par conséquent, de l'initiative de l'instance que lorsqu'elle est démunie de tout pouvoir d'action d'office.

## Sous-Section II

### Lorsque l'Administration ne détient pas un pouvoir suffisant, elle peut être demanderesse.

18. — Dans certains cas, de manière assez exceptionnelle, un certain équilibre se crée entre les parties. L'administration ne dispose pas d'un pouvoir suffisant, elle peut demander au juge la décision qu'elle ne peut pas prendre. M. Cavaré a, dans une thèse (16) toujours actuelle, étudié les cas où ces recours de la puissance publique peuvent être

publique refusant de mettre fin à l'activité de la Boulangerie ». V. réciproquement 13 mars 1957, Mahieux-Barbier, Rec. 166 : « Que le ministre, disposant ainsi des pouvoirs nécessaires pour effectuer le recouvrement de la créance dont s'agit de l'Etat, n'est pas recevable à demander au Conseil d'Etat de condamner le requérant au paiement des intérêts... »

(13) Section, 13 juillet 1956, Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine, Rec. 343, concl. Chardeau, Rec. 346.

(14) Dans ses conclusions sur l'arrêt du 15 juillet 1957, Ville de Royan, R.D.P. 1958, p. 109, notamment, p. 122, M. Lasry a réaffirmé cette solution : « Autrement dit, lorsque l'administration a le pouvoir de prendre elle-même les mesures nécessaires, et c'était le cas en l'espèce pour la ville de Royan en sa qualité d'autorité concédante, elle n'est pas recevable à demander au juge des référés d'intervenir à sa place. V. égal. Trib. Adm. Lyon, 25 février 1959, A.J. 1959.II.136.

(15) Section, 4 février 1955, Marcotte, Rec. 70.

(16) Cavaré, *Les recours de l'Administration devant le juge*, Thèse, Toulouse, 1920.

formés. Pour s'en tenir ici à l'essentiel, deux cas principaux de tels recours se dégagent de la jurisprudence (17).

L'administration ne dispose d'aucun pouvoir de réformation ou d'annulation des décisions rendues par les juridictions. Si elle prétend faire usage de ses prérogatives, elle commet une violation de la chose jugée (18). Elle doit donc user comme un simple particulier des voies de recours, appel ou cassation. La généralisation par la réforme de 1953 du double degré de juridiction a amené l'administration à se porter appelante de plus en plus souvent.

La décentralisation, par le transfert de pouvoirs qu'elle comporte, entraîne la puissance publique à agir très souvent. La plupart du temps ,ce qui accentue l'originalité de la situation, deux personnes publiques s'opposent. Les recours se produisent dans deux orientations divergentes, soit de la personne centralisée à celle décentralisée, soit de cette dernière à la puissance qui détient le pouvoir de tutelle. Dans le premier cas, les autorités centrales peuvent employer le recours pour excès de pouvoir, pour faire annuler les actes d'une autorité décentralisée lorsqu'elles ne disposent pas à leur égard du pouvoir d'annulation par la voie de la tutelle administrative (19). Dans le second, la personne décentralisée demande au juge l'annulation d'un acte de tutelle (20) pris à son égard, ou encore, la mise en jeu de la responsabilité des services de tutelle (21).

Ces deux cas ne sont que les illustrations principales de la règle selon laquelle l'administration peut recourir au juge toutes les fois qu'elle ne dispose pas des pouvoirs nécessaires (22). Quantitativement, ce sont là les deux hypothèses les plus fréquentes d'après l'analyse des arrêts qui amènent l'administration à se porter demanderesse (23).

(17) En matière contractuelle, la jurisprudence admettait une exception au principe. Elle permettait à l'autorité concédante de renoncer à prendre elle-même certaines mesures et de demander au juge du contrat de les ordonner. V. note HAURIOU sous 31 mai 1907. DEPLANQUE S. 1907.3.113. La jurisprudence la plus récente se montre plus sévère ; même en matière contractuelle la renonciation par l'administration à ses pouvoirs ne semble plus possible. 13 juillet 1956, Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine, Rec. 343 et les conclusions Lasry. R.D.P. 1958, p. 122 sur l'arrêt 15 juillet 1957. Ville de Royan.

(18) P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1952.

(19) 24 novembre 1911, Commune de Saint-Blancard, Rec. 1089 ; S. 1912.3.1. Note HAURIOU, 2 février 1951, Préfet de la Marne, Rec. 60.

(20) 7 juin 1902, Maire de Néris-les-Bains, Rec. 275 ; S. 1902.3.81. Note HAURIOU ; LONG, WEIL et BRAIBANT, 2e édit., p. 37.

(21) 27 décembre 1948, Commune de Champigny-sur-Marne, Rec. 493 ; D. 1949.408, concl. Guionin.

(22) 13 juillet 1956, Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine, Rec. 343.

(23) Si on se réfère aux décisions publiées au Lebon en 1950, sur 585 affaires, l'administration a été 51 fois demanderesse dont 35 fois parce qu'elle formait appel d'un jugement rendu en premier ressort et 3 fois parce qu'elle demandait la cassation d'un jugement rendu en dernier ressort. Les litiges des personnes

19. — Depuis la réforme du contentieux, les appels de l'administration se sont accrus, conséquence de la généralisation du double degré de juridiction (24). Cette prolifération des cas où l'administration se trouve demanderesse n'atteint pas la portée de notre principe. D'une part, ce n'est que parce qu'elle ne dispose pas de pouvoirs suffisants qu'elle agit. D'autre part, lorsqu'une partie est demanderesse en appel, sa situation juridique n'est pas la même que celle du demandeur en première instance. Pour déterminer, en effet, selon un principe constant, les qualités de demandeur et de défenseur « ... il faut considérer, non le rôle de la partie en appel, mais celui qu'elle jouait en première instance. Défenderesse devant les premiers juges, la situation de la partie reste la même devant la juridiction d'appel, qu'elle soit intimée ou appelante » (25).

20. — Par l'application d'une même logique, le demandeur se trouve prédéterminé, aussi bien en procédure civile que dans la procédure administrative contentieuse. Dans cette dernière, par l'application des pouvoirs essentiels des personnes publiques, non seulement le demandeur, mais encore sa qualité de personne publique sont pratiquement fixés avant toute instance. Le problème en matière administrative ne se pose pas qualitativement en des termes différents : *l'application quantitative est seule originale.* La condition de demandeur dans une instance permet d'en fixer le cadre. A l'aide de cette prérogative essentielle, le demandeur oriente le débat.

## Section II

### Le demandeur fixe le cadre de l'instance.

21. — L'initiative du demandeur lui permet de fixer les bornes du litige par l'acte introductif de l'instance. La liberté dont il dispose à cet égard est-elle illimitée ? Le cadre de l'instance n'est-il pas déterminé avant le recours en justice ? Il faut apporter une réponse à cette question avant de tracer les pouvoirs du demandeur de fixer le cadre de l'instance.

publiques entre elles (au nombre desquels il faut compter les litiges entre deux personnes publiques décentralisées à l'occasion d'un acte de l'autorité de tutelle, v. 1er décembre 1950, E.D.F., S. 1951.III.61, note Boulouis ; D. 1952, J. 642, note Lhuillier ; conclusions Agid, Cahiers de documentation juridique d'E.D.F. et G.D.F., 1951, p. 80) donnent lieu à douze recours pour excès de pouvoir.

(24) Pour l'année 1957, sur 603 affaires la puissance publique est 144 fois demanderesse. Sur ces 144 cas, elle a formé 114 appels.

(25) P. Boyreau, *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, Thèse, Bordeaux, 1945, p. 27.

## Sous-Section I

### Le cadre de l'instance n'est-il pas déterminé avant le recours en justice du demandeur ?

22. — Dans la mesure où le litige doit connaître une phase précontentieuse avant de pouvoir être valablement introduit, il va sortir pour ainsi dire « figé » de celle-ci. Le champ du débat sera délimité dans une première approximation. Si l'on permet, en effet, au demandeur de soumettre au juge une demande qui n'est pas passée par cette phase pré-contentieuse, il dépendra de sa seule volonté de ne pas s'y soumettre, cette phase pourra être évitée par lui. En procédure civile aussi bien qu'en matière administrative, des règles précises permettaient ou permettent encore de fixer le cadre de l'instance avant son introduction.

#### § I. — Le préliminaire de conciliation en matière civile.

23. — Pour diminuer les procès, la loi avait exigé, devant certaines juridictions, que toute instance soit précédée d'une tentative de conciliation devant un juge (26). Bien que ce préliminaire ne s'appliquât qu'aux demandes principales introductives d'instance et non aux demandes additionnelles ou reconventionnelles, il fixait le litige dans une certaine mesure : en effet, ces dernières demandes ne sont recevables que si elles ont un lien avec la demande principale. Quoiqu'il en soit, le législateur a, par une loi du 9 février 1949, supprimé de manière générale cette phase préliminaire (27). Le juge conciliateur était, en effet, le juge de paix. Or, il n'avait pas intérêt à concilier les parties pour une affaire qui ne serait pas ensuite plaidée devant lui. De plus, le code de procédure civile prévoyait qu'en cas d'urgence, une dispense du préliminaire de conciliation pouvait être demandée par une requête au président du tribunal. Or, la pratique avait démontré que les parties présentaient toujours une requête au président en invoquant l'urgence. Celui-ci ratifiait la demande des parties aussi souvent.

(26) Art. 48 à 58 C. proc. civ. v. Goutet A., *De la conciliation en matière civile*, Thèse, Paris, 1936.

(27) Le juge chargé de suivre la procédure garde cependant la faculté jusqu'à l'ouverture des débats, d'entendre les parties et de tenter de les concilier (v. art. 80 C. proc. civ. mod. par le décret du 22 décembre 1958). Le préliminaire est maintenu en matière de divorce et pour les affaires de la compétence du juge d'instance.

A présent donc, et du moins lorsqu'il agit contre une personne privée (28), le demandeur a entière liberté pour fixer le cadre de l'instance.

### § II. — La décision préalable en matière administrative (29).

24. — Tous les recours contentieux portés devant le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs doivent prendre la forme d'un recours contre une décision administrative. Le demandeur doit donc justifier de cette décision avant de pouvoir former un recours devant le juge administratif. Dans le plein contentieux, la règle révèle son originalité. Lorsqu'il s'agit de la demande d'annulation d'un acte administratif, on comprend que le demandeur doive indiquer avec précision la décision dont l'annulation est demandée, et pour cela, encore faut-il que cette décision existe. Le demandeur prétend, au contraire, dans le contentieux de la responsabilité, par exemple, qu'un dommage lui a été causé. « Il n'y a pas alors d'acte à déférer au Conseil d'Etat : un accident est un fait matériel, non un acte juridique ; alors il faut provoquer un tel acte et pour cela l'intéressé doit demander une indemnité à l'administration... *L'action en indemnité s'introduit donc sous la forme d'une protestation contre une décision préalable refusant cette indemnité.* » (30) Après avoir déterminé l'origine de cette règle, il faudra examiner quelles sont ses répercussions sur l'initiative du demandeur dans le débat contentieux. On aura alors la mesure exacte des ressemblances qui rapprochent les deux procédures.

25. — Origine et champ d'application de la règle (31). — Comme le note le Doyen Hauriou (32), la question ne s'est posée que

(28) Conformément aux principes que nous nous sommes posés (v. Introduction), nous n'envisageons pas les modifications que subit l'instance judiciaire du fait de la présence d'une personne publique. En l'espèce, sur le dépôt du mémoire préalable, v. A. Rossignol, *La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires*, Thèse Paris, 1952, p. 243. Hauriou affirme à ce propos (« Les éléments du contentieux », Recueil de législation de Toulouse, 1905, p. 94), « Malgré la volonté que l'on a d'appliquer ici le droit commun, on a cru devoir établir encore une procédure préalable, celle du « mémoire » que le demandeur est obligé de déposer un certain intervalle de temps avant de lançer son assignation, qui doit contenir ses conclusions et ses moyens, et qui ainsi met l'administration à même de juger si elle doit ou non accepter le procès.

(29) Labayle, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, Thèse, Paris 1907. de Laubadère, 2e édit., L.G.D.J., 1957, p. 394. Waline, 8e édit., Sirey, 1959, p. 181. Vedel, Thémis, 1959, t. II, p. 321.

(30) Waline, ouvrage précité, p. 179.

(31) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*. 2e édit., 1896, t. II, pp. 322 et suiv., pp. 462 et suiv. Hauriou, « Les éléments du contentieux », Rec. Législat. de Toulouse, 1905, p. 1, notamment, pp. 46 et suiv. : « L'acceptation de l'instance » ; Précis de droit administratif et de droit public, 12e édit., 1933, pp. 381 et suiv.

(32) *Les éléments du contentieux*, p. 54.

depuis qu'on a renoncé à voir dans cette décision préalable un jugement contentieux. Jusqu'en 1889, on considérait, en effet, la décision administrative, rendue sur la réclamation, comme un jugement en premier ressort. Le recours contentieux, à proprement parler, n'était qu'un appel dirigé contre ce jugement (33). Lorsque le Conseil abandonne la théorie du ministre-juge, la force d'inertie de la jurisprudence le conduit à maintenir l'exigence d'une décision préalable, quoique celle-ci ait changé de nature — de juridictionnelle qu'elle était, elle devient administrative. Artur (34) note, le premier, cette survivance en 1903 : « Du moment que la décision préalable rendue sur une réclamation n'est pas créatrice de l'obligation, elle est une survivance de la doctrine du ministre-juge. On invite le ministre à statuer par une ancienne habitude et parce que pendant longtemps il avait statué en qualité de juge de premier ressort. » Le Doyen Hauriou lui-même dans son étude sur les éléments du contentieux admet que « la décision préalable du ministre est restée comme une survivance » (35).

Aussi, à l'origine, la règle connaît-elle le même champ d'application que la théorie du ministre-juge. Elle est exigée seulement devant le Conseil d'Etat, bien qu'aucun texte ne la prévoie. La jurisprudence refuse son extension aux autres juridictions administratives et notamment aux conseils de préfecture (36). La réforme du 30 septembre 1953 l'a étendue aux tribunaux administratifs (37) (sauf en matière de travaux publics) (38), la loi du 7 juin 1956 à toutes les juridictions administratives.

26. — 2° Incidences de la règle de la décision préalable sur l'initiative du requérant. — La décision préalable paraît être une prérogative considérable de l'administration. A première vue, il semble qu'elle annihile toute initiative du demandeur, celui-ci devant se contenter d'agir dans le cadre déterminé par la personne publique. En réalité, la situation peut se résumer en deux propositions : le demandeur fixe à l'administration le cadre de sa décision, la décision provoquée par le demandeur définit le débat contentieux.

27. — A. *Le demandeur fixe à l'administration le cadre de sa décision.* — Dans le plein contentieux, notre proposition n'offre pas de difficultés. Le demandeur exige de l'administration qu'elle prenne

(33) Sur la théorie du ministre-juge, v. *infra*, Deuxième Partie.

(34) Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1903, cité par Hauriou, p. 56 (v. note 3).

(35) p. 57.

(36) 21 janvier 1938, Dimeur, Rec. 77; 12 juillet 1938, Veuve Saintard, Rec. 665.

(37) Bonneau, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », D. 1955, Chr. 11.

(38) 16 novembre 1956, Société des établissements Camétal et dame Muel, Rec. 624. La règle de la décision préalable est cependant applicable aux litiges de travaux publics relevant de la compétence directe du Conseil d'Etat.

une décision sur le litige qu'il fixe, le silence sur tout ou partie de sa demande valant décision. L'administration semble détenir, au contraire, l'initiative lorsqu'elle prend d'elle-même une décision, situation qui est la plus fréquente en excès de pouvoir. Mais, même dans ce dernier domaine, le requérant garde la possibilité de demander à la personne publique une autre décision dont il fixe lui-même les données.

a) *Si l'administration ne répond pas à la demande du requérant ou si elle y répond de manière insuffisante, le cadre fixé par lui s'impose* (39). — En effet, si la personne publique reste quatre mois sans répondre, son silence prolongé est considéré comme une décision implicite de rejet que le requérant pourra attaquer devant le juge administratif (40). Le cadre du débat sera ici celui circonscrit par la demande du requérant. Il en est à plus forte raison ainsi lorsque ce même demandeur n'obtient de réponse de l'administration que sur quelques-uns seulement des points qu'il avait déterminés (41). La jurisprudence s'inspire, en la matière, de l'idée que le demandeur a en principe l'initiative de l'instance et que la décision préalable constitue l'exception. Ainsi, admet-elle, bien que cela ne soit prévu par aucun texte, d'une part que le requérant puisse attaquer une décision implicite de rejet avant que le délai de quatre mois soit expiré — pourvu qu'il expire pendant l'instance (42) — d'autre part, que la règle de la décision préalable ne soit pas d'ordre public. La renonciation implicite de l'administration est possible : si elle conteste devant la juridiction administrative le bien-fondé de la prétention du requérant (43).

b) *Même lorsque l'administration possède l'initiative de la décision, le requérant garde le droit de fixer le cadre du débat. — Le* plus souvent, l'administration n'agit dans ses décisions individuelles

(39) Gouttenoire, *Le silence de l'administration*, Thèse, Paris, 1932.

(40) Le principe a été posé par le décret du 2 novembre 1864, article 7, la loi du 17 juillet 1900, article 33. Il est réaffirmé par l'ordonnance du 31 juillet 1945 (en ce qui concerne le Conseil d'Etat), l'article 3 du décret du 30 septembre 1953 (en ce qui concerne les tribunaux administratifs) et la loi du 7 juin 1956.

(41) A ce cas, la jurisprudence assimile celui où la réponse de l'administration est dilatoire, v. 29 juillet 1953, Société d'assurances « La Minerve », Rec. 424. A propos du contentieux de la responsabilité Hauriou affirme (« Les éléments du contentieux », p. 72), « Le juge... ne s'enferme donc pas dans le seul examen de la décision préalable, il statue sur des conséquences, il se place plutôt en face de la réclamation du demandeur et de son véritable objet qui est l'indemnité. »

(42) 26 novembre 1924, Jouanne, Rec. 931.

(43) 12 février 1870, de Panat, Rec. 87 ; 22 juillet 1898, Launay, Rec. 570 ; 22 décembre 1899, Sâtre, Rec. 772 ; 13 mars 1903, Allicane Rec. 238 ; 22 février 1946, sieur Mantzer, Rec. 59, 19 novembre 1958, Commune de Khenchela, R.D.P. 1959, p. 338 (Sommaire) ; 18 février 1959, Syndicat National des Officiers de la Marine Marchande, R.D.P. 1959, p. 783 (Sommaire) ; 23 octobre 1959, Doublet, R.D.P. 1959, p. 1235, conclusions A. Bernard.

qu'après avoir écouté l'opinion de la personne que vise son acte. Celui-ci se trouve donc tout de même inséré dans un contexte où l'opinion de l'intéressé, même si elle est réfutée, est prise en considération de par son existence même.

Lorsqu'il s'agit également d'actes réglementaires, l'administration *doit* souvent consulter divers organismes intéressés sur le projet d'acte. Elle peut, certes, ne pas retenir les propositions qui lui sont faites. Mais, elle ne peut que reprendre les dispositions du projet ou celles proposées par la commission, elle n'a pas la possibilité d'adopter un acte transactionnel. Le cadre de sa décision est donc ici aussi dicté à l'administration par des organismes représentant des requérants éventuels (44).

Enfin, le requérant dispose directement d'un pouvoir de déterminer le champ du débat contentieux. La décision prise par la personne publique ne fixe, en effet, l'instance que quant aux éléments qu'elle détermine. Le demandeur garde le pouvoir d'introduire une instance dans un cadre plus limité. Il peut également exiger de cette personne qu'elle statue sur un autre problème ou d'autres points qu'il énumérera. Il a même la possibilité d'user de cette prérogative dans le cadre de l'instance même où il attaquera l'acte administratif en question. Il lui suffit de former un recours gracieux contre cet acte, auquel il joindra la prétention connexe sur laquelle l'administration n'a pas statué. Il pourra alors attaquer le refus de l'administration de satisfaire sa prétention. Il dispose donc, dans tous les cas, d'un pouvoir d'initiative particulièrement caractéristique.

28. — B. *La décision provoquée par le demandeur définit le débat contentieux dans ses éléments essentiels.* — La décision marque le débat. En effet, les éléments du litige se trouvent déterminés inéluctablement par l'ensemble, demande du requérant-réponse de l'administration. Toute extension du litige en dehors des termes fixés par ce complexe est impossible. Sans étudier ici de manière détaillée cette jurisprudence qui relève du pouvoir du demandeur de déterminer les éléments de l'instance, il faut noter ses tendances essentielles. Dans le plein contentieux joue l'autorité relative de l'ensemble demande-réponse : la demande présentée par un tiers ne lie pas le litige à l'égard du requérant (45), tandis que dans les contentieux objectifs, sous réserve d'avoir reçu la publicité suffisante, la décision est opposable à tous, on voit se profiler ici les limites de l'autorité de la chose jugée. De même, l'objet du futur débat devant le juge est d'ores et

(44) 23 janvier 1926, Lacoste, Rec. 74.

(45) 10 janvier 1947, Bivois et Cie, « L'Urbaine et la Seine », T. vicenn. 701 ; de même, Wirth, 29 juillet 1953, T. Vicenn. 701 : une demande adressée au ministre non par l'intéressé, mais par un membre du parlement, n'a pu faire courir à l'égard dudit ministre le délai de quatre mois (exigé pour la décision implicite).

déjà fixé, toute extension ultérieure s'avère impossible (46). La cause de l'instance ne pourra pas non plus être modifiée (47). Seuls les moyens ne sont pas irrémédiablement déterminés (48).

29. — Cette détermination du débat provient du même facteur historique que la décision préalable. Lorsque la théorie du ministre-juge était appliquée, le recours contre la décision du ministre était considéré comme un appel ; si bien que le champ du débat était délimité en première instance et que toute demande postérieure était écartée en vertu de la théorie des demandes nouvelles (59). Au moment où la décision du ministre n'est plus considérée comme une décision juridictionnelle, la jurispudence maintient, bien que sa raison d'être ait disparu, la limitation du débat dans le cadre demande du requérant-décision de l'administration. La question essentielle posée par notre théorie — indépendamment de sa fonction — (en ce domaine, M. Waline a montré qu'elle jouait un rôle analogue au préliminaire de conciliation en matière civile) (50), est celle de ses rapports avec *l'instance. Celle-ci débute-t-elle lorsque la demande du requérant et la décision-conséquence de l'administration sont acquises ou lorsque le recours juridictionnel est formé.*

30. — Seul le Doyen Hauriou a tenté, à notre connaissance, de résoudre ce problème (51). D'après lui, à certains points de vue, l'instance commence dès la réclamation formée devant l'autorité administrative et à d'autres, elle ne commence que devant le juge. Il trouve une solution à cette disparité de solutions grâce à la décomposition de l'instance en deux phases. « Il y a nécessairement une instance devant un juge ou un jury où est tranchée la question de droit ou de fait qui fait le fond du procès ; mais il y a aussi, au préalable, une instance destinée à l'instruction et à l'organisation de l'affaire qui ne se déroule devant lui, ne le requiert pas dans ses fonctions de juré, mais dans celles de magistrat. » Le maître de Toulouse assigne à la

(46) 9 mars 1906, Lourbin, Rec. 221 ; 15 juillet 1925, Michel, Rec. 681 ; 30 avril 1926, Compagnie générale des voitures, Rec. 433 ; 6 mars 1953, Angeli, Rec. 125.

(47) 12 décembre 1951, Ville de Revel, Rec. 589 « ... Considérant, d'autre part, que, si elles étaient relatives à un chef d'indemnité différent les conclusions du sieur Pratviel tendaient à l'octroi d'une indemnité compensatrice de la privation d'une éventuelle pension de retraite, loin de constituer une nouvelle réclamation fondée sur une cause qui lui fût propre, ne constituaient qu'un développement, un complément de la demande initiale de l'intéressé ; que dès lors, la recevabilité des conclusions n'était pas subordonnée à une nouvelle décision préalable du conseil municipal. »

(48) 22 février 1946, di Grazia, Rec. 58 « ... en opposant au refus du ministre des moyens nouveaux, le requérant n'a pas pour autant formé une demande nouvelle ; que dès lors sa requête est recevable ».

(49) V. *infra*, chapitre II, section I, sous-section I, § 2.

(50) Waline, 8e édition, p. 185.

(51) Hauriou, *Les éléments du contentieux*, pp. 81 et suiv.

décision préalable deux fonctions : elle est non seulement une acceptation du litige de la part de l'administration qui va être en cause au procès mais encore un règlement du litige par cette même administration « qui est toujours puissance publique ». On sent, dans sa pensée, le désir d'expliquer le problème de la naissance de l'instance avant tout recours au juge. Ce qui paraît extraordinaire, en effet, si l'on fait remonter la naissance de l'instance au moment où est acquis l'acte complexe (demande du requérant-décision de l'administration), c'est que celle-ci naisse avant tout recours au juge. Ne serait-ce pas là le retour aux pires conséquences de la théorie du ministre-juge ? Aussi, le Doyen Hauriou envisage une distinction purement arbitraire des phases de l'instance, entre l'instruction dont il admet qu'elle puisse se dérouler devant un administrateur et une deuxième phase nécessairement judiciaire. Mais, cette distinction est un abus de langage. On distingue en effet classiquement la phase d'instruction et celle de solution d'un litige : ces deux phases de l'instance se déroulent cependant toutes deux *après* le recours judiciaire et non avant celui-ci (52). L'explication de l'illustre Doyen aboutit donc à créer pour les besoins de la cause une notion nouvelle de la phase d'instruction. C'est répondre à la question par la création d'une autre difficulté : l'instruction d'un litige est-elle possible *avant* tout recours à la justice ? Le problème n'est que repoussé.

31. — La difficulté est cependant plus apparente que réelle. L'instance est créée, en effet, à partir du moment où le requérant prend l'initiative de demander une décision à l'administration ou lorsque celle-ci prend cette décision *proprio motu*. Malgré cette affirmation, nous pouvons justifier la solution adoptée par un recours aux principes classiques.

Dès que l'acte complexe est réalisé, le débat contentieux est déjà

(52) Le Doyen Hauriou a cherché à répondre à cette question (« Les éléments du contentieux », p. 86), « La seconde objection est qu'... il y aurait donc successivement deux périodes d'instruction, l'une devant l'autorité administrative, l'autre devant la juridiction. Mais cette objection tombe à son tour devant les analogies de notre procédure criminelle. Il y a bien là aussi deux procédures d'instruction successives, l'une devant le juge d'instruction, l'autre devant la Chambre des mises en accusation, et le procès criminel ne commence, en réalité, qu'avec la seconde procédure. » Cette analogie trouvée par notre auteur entre les deux procédures d'une part est inexacte, d'autre part nous détourne du vrai problème. Elle est *inexacte* car il est admis en matière pénale que l'initiative du débat, n'est pas réservée aux parties, ce qui est le cas dans notre matière ; les organes de la société peuvent mettre en mouvement l'affaire; de plus (v. P. Bouzat, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 1951 p. 762), sauf le cas de crime flagrant « le juge d'instruction *ne peut pas se saisir lui-même*. Il ne doit ouvrir d'instruction que s'il est saisi, soit par le procureur de la République, au moyen d'un réquisitoire introductif d'instance, soit par la victime de l'infraction, par voie de plainte avec constitution de partie civile ». Or, l'administration peut prendre de sa propre initiative une décision. Elle nous *détourne du vrai problème* qui est celui de savoir si l'instance peut naître avant le recours à la justice.

dessiné dans ses éléments essentiels. Contentieux, il l'est parce qu'il se marque non par « de simples prétentions des parties, mais (par) l'opposition qui se produit entre ces prétentions et une décision administrative qui devient le véritable objectif de l'instance contentieuse » (53). Ainsi, s'explique la jurisprudence (54), qui paraît à première vue sévère, selon laquelle, pour que le recours soit possible, il faut qu'il s'agisse d'une véritable décision prise par l'administration et non, par exemple, d'un avis. Cette jurisprudence vise à éliminer du prétoire, tout débat dont le caractère contentieux ne s'est pas affirmé. Le débat est dessiné dans ses éléments essentiels : partie, objet et cause sont d'ores et déjà déterminés.

Que manque-t-il alors pour que l'instance soit considérée comme en mouvement. Il faut que s'ajoute cette espèce d'enchaînement fatal qui mène le litige vers sa solution par un ensemble d'actes et de délais. Or, il existe en la matière. Sitôt l'acte complexe réalisé et l'on sait que, dans la plupart des cas, il se réalise sur l'initiative du demandeur, l'instance est liée. Le demandeur peut adopter deux attitudes et ces deux seules solutions sont à sa dispoition.

S'il ne veut pas le débat judiciaire, il ne formera aucun recours devant le juge; passés les délais, son attitude équivaudra à un véritable acquiescement à la décision de l'administration.

Si, au contraire, il accepte ce débat, il sera soumis à un ensemble de délais qui trouvent leur point de départ dans son initiative de l'acte complexe. Le recours qu'il formera sera lui-même prédéterminé par cet acte complexe.

Le problème trouve alors sa solution de lui-même. L'initiative du demandeur marque le point de départ de l'instance, le recours au juge ne traduit qu'un élément extérieur de celle-ci (55). L'instance est la marche inéluctable du litige vers sa solution, à partir de l'initiative du demandeur. L'on ne peut nier qu'à ce point de vue, l'acte complexe en marque le départ.

### § III. — Comparaison des solutions en matière administrative et civile.

32. — La simple opposition des prétentions constitue déjà un litige. Le droit ne se préoccupe cependant pas des pensées intérieures. L'instance ne peut être considérée comme mise en mouvement qu'à

(53) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., 1896, t. I, p. 462.

(54) V. la jurisprudence citée dans Odent, *Contentieux administratif*, 1957-58, t. II pp. 441 et suiv. ; Waline, 8e édition, pp. 476 et suiv.

(55) M. Vizioz qui a essayé de déterminer des notions de procédure valables en droit public et en droit privé affirme cependant (dans son article «Observations sur l'étude de la procédure civile», Etudes de procédure, 1956, p. 3, notamment p. 12) que « l'existence même de l'instance suppose un recours à la justice ».

partir du moment où un acte externe (56) des parties amène le débat sur une avenue d'où il débouchera vers le jugement. En droit administratif, le litige est placé sur cette voie dès avant l'introduction du recours juridictionnel ; dans la procédure civile, seul ce recours fixe le débat, depuis la suppression du préliminaire de conciliation.

La solution retenue par la procédure civile est sans nul doute la meilleure. Il n'est pas bon de figer le litige dans une phase aussi préliminaire. Les prétentions des parties ne sont pas organisées avec précision dès le commencement du débat. Si elles découvrent un autre terrain juridique sur lequel fonder leur demande, elles ne pourront le faire valoir qu'à la condition de former une nouvelle demande de décision préalable à l'administration. N'est-ce pas un formalisme exagéré ?

En réalité, c'est ici toute la théorie de la décision préalable qui doit être remise en question. Survivance historique de la théorie du ministre-juge, nul ne le conteste, elle pèse de tout son poids sur le déroulement de l'instance. L'étude de la jurisprudence montre que la Haute Assemblée ne la considère plus que comme un anachronisme. Les exceptions de plus en plus fréquentes que le Conseil d'Etat y apporte sont davantage inspirées, nous l'avons montré, de l'idée que le principe ou la matière est la validité de la demande initiale du requérant, que d'une exigence générale de décision préalable. Le fait que le Conseil d'Etat ait refusé, avant la loi du 7 juin 1956, d'étendre cette exigence aux juridictions pour lesquelles un texte ne la prévoyait pas (57), montre *qu'il ne s'agit pas là d'un principe général tenant à la nature même de la procédure administrative contentieuse, mais d'une simple contingence, historique et législative.* Nous avons dit également que beaucoup de règles classées sous la rubrique : exigence d'une décision préalable, se ramènent en fait à la nécessité d'un litige né et actuel. Si bien que, non seulement la règle de l'acte complexe pour l'introduction de l'instance est battue en brèche par la jurisprudence, mais encore, son champ d'application n'est pas aussi large que celui qu'on lui assigne classiquement. Aussi, pouvons-nous conclure avec le Doyen Hauriou : « Il est donc à prévoir que les réformes de 1900 amèneront une certaine usure de la procédure de la décision préalable et un certain rapprochement des recours contentieux et des actions judiciaires (58). » Si après plusieurs lustres, ces prévisions ne sont pas réalisées, elles demeurent l'orientation fondamentale de la jurisprudence.

(56) P. Reuter, « Droit International Public », Thémis, p. 279, montre que le problème se pose dans les mêmes termes en droit international « ... au point de vue des institutions juridiques l'extériorisation du conflit est essentielle et c'est un des problèmes les plus délicats du contentieux que de déterminer dans certains cas la date précise de la naissance d'un conflit. »

(57) Section, 4 octobre 1957, Ministre des travaux publics et sieur Beaufils, Rec. 510, concl. Jouvin.

(58) *Les éléments du contentieux*, p. 96.

Il faut cependant retenir qu'en matière administrative comme en procédure civile, une personne, le demandeur, se trouve en général doué d'une prérogative d'initiative. Seul le moment auquel celle-ci s'exerce est différent. Cette prérogative lui permet de fixer les éléments de l'instance.

## Sous-Section II

## Le demandeur est investi du pouvoir de fixer les éléments de l'instance.

33. — La prérogative d'initiative dont il dispose définit le demandeur (59). Il peut déterminer non seulement les éléments objectifs de l'instance, mais encore ses éléments subjectifs : les parties, et ceci est curieux, car il est lui-même partie.

### § I. — Les éléments subjectifs de l'instance.

34. — Ces éléments qu'on appelle parties sont, dans la plupart des cas, déterminés par le demandeur ; dans certaines circonstances, d'autres personnes peuvent cependant prétendre s'imbriquer dans l'instance.

35. — 1° *Fixation normale par le demandeur.* — Le demandeur a l'initiative de l'instance. Par son recours, il détermine les parties adverses. Celles-ci, appelées défendeurs, se définissent aussi simplement que le demandeur. On nomme parties défenderesses les personnes que le demandeur introduit dans l'instance au moyen de sa requête.

En procédure civile, l'assignation se définit justement comme la demande en justice par laquelle une partie en appelle une autre devant un tribunal. Comme elle contient la désignation précise du requérant, elle désigne avec précision le ou les défendeurs.

En procédure administrative contentieuse, la désignation du défendeur dans la requête introductive d'instance se combine avec les pouvoirs du juge. En plein contentieux tout d'abord, le requérant obtient une ordonnance du juge, l'ordonnance de soit-communiqué. Il la signifie aux parties intéressées. Mais cette procédure n'est employée que devant le Conseil d'Etat et seulement dans les affaires concernant les particuliers ou les personnes morales autres que l'Etat et nécessitant le ministère d'un avocat. Dans tous les autres cas, la notification

(59) V. les observations Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1950, 535.

s'effectue par la voie administrative, sous les bons soins du juge (60). *Le juge n'est* dans tous ces cas *qu'un simple intermédiaire.* Sous son autorité, les notifications s'effectuent. Il respecte la volonté des parties en mettant en route le processus de notification (61).

36. — La difficulté de considérer, dans un recours pour excès de pouvoir, l'administration comme partie défenderesse, vient justement de ce que le juge dispose d'un pouvoir original. Le recours du demandeur se présente, en effet, comme un procès fait à un acte, il ne contient pas de désignation d'un défendeur. Le juge administratif puise dans ses prérogatives le droit de communiquer par la voie administrative le recours de l'acte à la personne. Si donc, on ne peut considérer l'administration comme défenderesse au recours, elle tend à apparaître comme telle à la suite de la communication du juge. On comprend alors qu'en cette matière, les idées et la jurisprudence oscillent entre deux pôles. Tantôt, elles refusent de considérer l'administration comme une partie (62), tantôt elles tirent toutes les conséquences de l'idée de partie (63). Comme le note très justement M. le Professeur P. Weil (64) : « Le commentateur peut ne pas être d'accord avec telle ou telle solution qui se rapproche trop, à son gré, de l'un ou l'autre de ces pôles, mais il doit à la vérité de reconnaître que c'est dans cette espèce de demi-teinte que se situe actuellement le droit positif. »

En droit administratif, tantôt le pouvoir du demandeur de fixer les parties est sauvegardé, tantôt, au contraire, il a tendance à s'effriter sous la poussée d'un pouvoir de communication du juge. Il nous faut cependant signaler une évolution possible et cela, bien qu'à notre avis elle ne doive jamais se produire. Si la jurisprudence consacre définitivement la qualité de partie de l'administration dans le recours pour excès de pouvoir, le juge perdra consécutivement son pouvoir de déterminer cette partie adverse. Les demandeurs, comme ils ont déjà tendance à le faire, s'apercevant que la jurisprudence tire toutes les conséquences de la qualité de défendeur de l'administration, désigneront cette partie dans leur requête. Si bien que, comme en plein contentieux, le pouvoir du juge ne s'analysera plus que comme un pouvoir lié.

(60) L'article premier du décret du 10 avril 1959 a supprimé la possibilité d'introduire, devant les tribunaux administratifs, les requêtes par exploit d'huissier.

(61) Les décisions qu'il prend dans ce cas ne sont pas des jugements, mais des mesures d'ordre intérieur.

(62) Assemblée, 21 avril 1944, Société Dockers frères, Rec. 120 ; de Villèle et autres, 19 avril 1950, Rec. 214.

(63) La thèse précitée de M. Kornprobst est un apport considérable à cette deuxième position.

(64) Préface à la thèse de M. Kornprobst, p. IV.

37. — On peut donc conclure qu'en procédure administrative contentieuse, aussi bien qu'en procédure civile, la détermination des parties s'effectue sous le contrôle du demandeur. Si ce dernier perd ses pouvoirs, la qualité de partie des personnes introduites dans l'instance disparaît. Si on prétend, par contre, ériger en partie des personnes mises en cause par le juge, tôt ou tard, ce dernier perd son pouvoir, le demandeur le récupère. La détermination par le requérant est donc bien *le critère* de la notion de partie. *La distribution des qualités de demandeur ou de défendeur s'opère dans l'ordre chronologique des présentations au juge.* La personne qui le saisit est le demandeur, celle qui est appelée par ce dernier se nomme partie défenderesse.

38. — 2° *Introduction volontaire* (65) *d'autres personnes dans l'instance : intervention.* — Parce que le débat judiciaire créé par le demandeur peut avoir une importance que l'autorité relative de principe de la chose jugée masque mal, parce que l'autorité absolue de la chose jugée érigée en principe (66) dans d'autres cas, ne protège pas suffisamment les intérêts des tiers, ceux-ci peuvent avoir intérêt à s'imbriquer dans le débat. L'intervention présente cependant un caractère exceptionnel. Le cadre normal du litige est fixé par le demandeur, l'association d'autres personnes qui auraient des pouvoirs dans l'instance doit rester rare. Aussi, les conditions exigées de l'intervenant visent à sauvegarder, autant que possible, les prérogatives du demandeur.

D'une part, on oblige l'intervenant à se comporter un peu lui-même comme un demandeur. Il doit agir par voie de requête distincte contenant sa désignation précise (67). De manière plus générale, il doit respecter toutes les formes qui s'imposent à un demandeur ordinaire. Ainsi, en matière administrative, une intervention présentée dans une matière non dispensée du ministère d'avocat n'est pas recevable si elle est introduite sans ce ministère (68).

D'autre part, l'intervention se greffe sur le recours principal. Si elle peut se manifester en tout état de cause, elle ne doit en aucun cas retarder la solution du litige (69). Elle dépend étroitement du recours principal : si celui-ci est irrecevable, l'intervention le sera égale-

(65) Il nous semble que le terme d'intervention doive être réservé à l'introduction volontaire d'autres personnes dans l'instance. On ne saurait parler d'intervention forcée. Celle-ci n'est en fait, qu'une demande incidente quant aux parties. Comme telle, elle sera étudiée avec ces demandes incidentes. Quant à la question de savoir si le juge peut introduire d'autres parties, elle se ramène au problème de savoir si le cadre de l'instance s'impose à lui.

(66) Nguyen Quoc-Dinh, « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir ». R.D.P. 1946, 389.

(67) Art. 339, C. proc. civ. Art. 61, ordonnance du 31 juillet 1945. Art. 39, loi du 22 juillet 1889. V. 12 novembre 1949, Cave coopérative des laiteries des Monts d'Auvergne et autres, Rec. 482, Sarrazin, 15 novembre 1954, T. vicennales, p. 898.

(68) 18 mai 1956, Briand, Rec. 212.

(69) Art. 340, C. proc. civ., Req. 13 mars 1878, D.P. 1879.1.382.

ment (70). Ce qui met l'intervention sous la dépendance du demandeur. Dès le 14 décembre 1850, le Conseil d'Etat pose ce principe dans son arrêt commune de Batignolles (71). « ... L'intervention n'est pas une action indépendante de l'action principale mais (qu') elle est liée au sort de celle-ci et n'en constitue en quelque sorte qu'une annexe. »

Malgré cette situation subordonnée, l'intervenant doit se voir reconnaître la qualité de partie. En effet, l'intervention n'est admise que de la part de personnes qui ne sont pas parties ou représentées à l'instance (72). Si, par exemple, le prétendu intervenant a été assigné ou mis en cause par le demandeur, il est tout simplement un défendeur (73). Aussi, lui sera-t-il permis, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, de présenter des observations en réponse. Puisqu'on déclare l'intervention inutile lorsque l'intervenant est déjà partie à l'instance, c'est donc que l'intervention lui procure, dans les autres cas, la qualité de partie. Morel, note, avec raison « la conséquence principale de toute intervention est de rendre l'intervenant partie à l'instance, en conséquence, de le priver du droit d'opposer l'effet relatif de la chose jugée et du droit de former tierce opposition au jugement ».

On verra, cependant, que la qualité de partie reconnue à l'intervenant n'est pas toujours assortie des mêmes droits et prérogatives. La situation de l'intervenant reste une situation particulière.

## § II. — Les éléments objectifs de l'instance.

33. — On sait avec précision quels sont ces éléments objectifs : l'objet, la cause, et subsidiairement, les moyens. MM. Cornu et Foyer notent très justement (74) avec l'unanimité de la doctrine (75) :

(70) Civ., 12 avril 1889, D.P. 1890.1.45, Civ., 24 mai 1913, D.P. 1915.1.5 ; Section, 22 février 1935, Perrichon et de Brobèque, Rec. 239 ; Section, 12 juin 1936, Hitzel, Rec. 641. Assemblée, 7 juillet 1950, Secrétaire d'Etat à la présidence du conseil, Rec. 427.

(71) Rec. p. 942, cité par Nguyen Quoc Dinh, article précité, p. 391.

(72) V. Crémieu, Encycl. Proc. civ. et commerce. V° Intervent. n° 15 ; 16 novembre 1932, Simon, Rec. 959, Section Larsonneau et autres, 22 février 1935, Rec. 238, 22 octobre 1954, Conseil départemental des sages-femmes de la Gironde, Rec. 551 ; Section, 20 juin 1958, Guimezanes, Rec. 372, « Considérant que le mémoire du sieur Chappay a été présenté en réponse à une communication ordonnée par le Conseil d'Etat, qu'ainsi ledit mémoire ne constitue pas une intervention mais de simples observations en défense.

(73) Section 22 février 1935, Larsonneau et autres, Rec. 238, 22 octobre 1954, Conseil départemental des sages-femmes de la Gironde ; Section, 20 juin 1958, Guimezannes, Rec. 372. Réciproquement (Assemblée , 11 mai 1959, Vincey et autres, R.P.D.A. 1959, p. 101) les observations en défense d'une personne non mise en cause doivent être considérées comme un mémoire en intervention.

(74) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, Thémis, 1958, p. 402.

(75) Morel, *Traité précité*, p. 287. « Toute demande en justice suppose un élément *subjectif* (les parties demandeur et défendeur) et un double élément objectif : l'objet et la cause. » V. de même J. Vincent, *Encyclopédie de procédure civile*, V° Action, n° 169. Seul M. Kornprobst s'écarte de cette position, il prétend

« Objet, cause, moyens, catégories du droit procédural sont (les deux premiers à titre primordial, les moyens à titre de soutien), les éléments dits objectifs du procès par opposition à ses éléments subjectifs (les parties). » Après avoir défini ces éléments, nous examinerons dans quelle mesure leur fixation est l'œuvre du demandeur.

40. — 1° *Définition de l'objet et de la cause.* — Au sens large objet et cause ne constituent qu'une seule et même chose : le terrain sur lequel se place le demandeur. Distinguer *ce que le demandeur demande* (l'objet) *et le fondement juridique qu'il assigne à cette demande* (la cause) marque leur liaison et leur *interdépendance.* Ce n'est que parce qu'il estime avoir raison sur un point de droit que le demandeur forme son recours en justice : ici, la cause engendre l'objet. Parce qu'il veut que sa prétention soit satisfaite, il est tenté de chercher tous les arguments possibles pour l'appuyer : en ce sens, la cause procède de l'objet.

Cette interdépendance peut aller jusqu'à la *substitution d'un élément à l'autre.* Certaines actions ne visent qu'à obtenir du juge une déclaration sur un point de droit : l'action déclaratoire vise à obtenir du juge la déclaration de l'existence ou de la non-existence d'une situation juridique, de la légalité ou de l'illégalité d'un acte (76). Dans ces actions, l'élément objectif est un élément purement juridique : la cause remplit l'office de l'objet. Ce dernier élément constitutif de l'instance se plaçant uniquement sur le plan du fait n'est pas résolu par le moyen d'une action déclaratoire. Les parties tireront les conséquences juridiques du résultat de l'action. Si l'une d'entre elles refuse d'exécuter, une autre action pourra être formée sur la base de la violation de la chose jugée. La substitution s'opère plus rarement en sens inverse. Le résultat d'une précédente action (donc ce qui en constituait l'objet) sert de base juridique (donc de cause) à une action ultérieure. Un jugement prescrit à un possesseur sans titre l'évacuation d'un immeuble, une action ultérieure sur la base de ce jugement d'évacuation demande une indemnité pour prolongation de cette possession.

Interdépendance et substitution marquent donc l'objet et la cause. En principe, cependant, ces éléments se posent sur un plan différent. La cause reste sur le plan du droit, l'objet est la réalisation de ce droit sur le plan du fait.

(Thèse précitée, pp. 321 et suiv) que « la cause de l'action est en effet une notion qui suppose l'existence de partie, et la possibilité pour ces dernières de « choisir leur terrain », en nuançant l'objet de leur demande et en adoptant librement tel ou tel argument juridique à l'appui de leur prétention ». Nous critiquerons plus loin son opinion.

(76) MAYNARD, *Le jugement déclaratoire,* Thèse, Lyon. 1922 ; GIGNOUS, *Les actions préventives,* 1935. En ce sens, le contentieux de l'excès de pouvoir est un contentieux purement déclaratoire bien qu'une évolution en sens inverse se dessine.

Lorsqu'on pénètre à l'intérieur de la cause, une autre distinction doit être énoncée. La lecture des arrêts montre qu'une *distinction* existe *entre la cause et les moyens*. Tantôt le juge dit que tel moyen fait partie de la même cause juridique que tel autre, dans d'autres espèces, il estime, au contraire, qu'un autre moyen ne procède pas de la même cause. Il le qualifie alors de demande nouvelle. Les moyens, selon la définition classique, sont les soutiens de la prétention, éléments de fait ou de droit qui tendent à constituer la cause ou à en démontrer l'existence (77). Servant dans la plupart des cas à donner un fondement à la cause, ils sont la cause de la cause. Ils sont cependant parfois de pur fait, alors que la cause se situe uniquement sur le plan du droit (78). Si la victime d'un accident d'auto actionne le responsable pour lui demander une indemnité (objet) sur la base de l'article 1382 (cause), les moyens qu'elle peut faire valoir sont de droit (violation d'une priorité de passage établie par la loi) ou de fait (il résulte de la conduite désordonnée du chauffeur qu'il était en état d'ivresse). La difficulté de distinguer les moyens de la cause vient de ce que ces deux éléments concourent à un même but : fonder la demande. La cause fonde directement l'objet de la demande. Les moyens ne peuvent l'établir qu'à travers la cause. Aussi les qualifie-t-on de *causa remota* de l'objet par opposition à la cause, *causa proxima*.

41. — 2° *Détermination des éléments objectifs*. — Dans des conclusions présentées en 1912 devant le Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Riboulet affirmait : « C'est la demande des parties qui dans les limites des lois et règlements de droit public, fixe le terrain juridictionnel des litiges » (79). La possibilité pour les parties de fixer les éléments objectifs de l'instance ne laisse pas d'être étonnante, surtout affirmée de manière aussi générale. Le contentieux objectif, contentieux de la légalité par principe, ne devrait pas laisser place à une telle liberté des parties. Le juge saisi de la question de la légalité ou de l'illégalité d'un acte devrait, quelles que soient les conclusions de celles-ci, pouvoir examiner la situation juridique dans toute son ampleur. Or, il n'en est rien. Même dans ce contentieux, l'instance reste dans le cadre fixé par les parties. M. Kornprobst en tire aussitôt une conséquence favorable à sa thèse : « La cause de l'action est, en effet, une notion qui suppose l'existence de parties et la possibilité pour ces dernières de « choisir leur terrain », en nuançant l'objet de leur demande et en adoptant librement tel ou tel argument juridique à l'appui de leur prétention (80). » Cette conclu-

(77) Demolombe cité par Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 407.

(78) Cornu et Foyer notent avec raison (p. 407) : « Si, en effet, la cause est toujours un élément juridique (titre, fondement juridique), le moyen peut être de droit ou de fait. »

(79) Concl. Riboulet sur 26 juillet 1912, Compagnie d'Orléans et du Midi c. l'Etat, Rec. 889.

(80) Thèse citée, p. 325.

sion ne nous paraît pas exacte. Après avoir délimité avec précision le droit du demandeur de fixer les éléments objectifs de l'instance, nous montrerons que ce droit ne dépend pas du caractère objectif ou subjectif du recours mais est la conséquence du droit d'initiative du requérant.

42. — A. *Délimitation de la prérogative du demandeur.* — Cette prérogative s'exerce au moment de la naissance de l'instance. Ce moment, vu l'existence de la règle de la décision préalable, est différent en procédure civile et en procédure administrative contentieuse. Il faut donc examiner si, malgré cette différence, la prérogative du demandeur s'exerce de façon similaire dans les deux procédures.

43. — *En procédure administrative contentieuse*, la demande de décision préalable détermine le terrain juridictionnel du litige. Elle joue le même rôle qu'un recours à la justice. Elle doit faire apparaître, de manière claire, les revendications du requérant. Si un arrangement amiable ne se dessine pas, c'est elle qui fixe les limites du débat judiciaire. Elle détermine à la fois l'objet et la cause de la demande. Le commissaire du gouvernement, Kahn, l'a affirmé avec clarté dans ses conclusions sur l'affaire Ginestet (81) : « La demande au juge n'est que la reproduction de la demande à l'administration et l'étendue du litige est fixée dès avant l'introduction du pourvoi, par la demande dont le rejet exprès ou implicite a lié le contentieux : c'est la prétention soumise à l'administration et rejetée par elle qui limite le recours contentieux. Le pourvoi introduit devant la juridiction compétente doit inclure les mêmes parties (ainsi le contentieux n'est lié qu'à l'égard de l'auteur de la demande adressée à l'administration), et il doit tendre au même objet en se fondant sur la même cause juridique ».

a) *La demande de décision préalable doit indiquer l'objet précis du débat.* — C'est uniquement quant à cet objet que l'instance se trouve liée. Ainsi lorsque le requérant justifie d'une décision préalable sur le point de savoir s'il est en droit de bénéficier de l'allocation d'une pension, il ne peut demander sa réintégration dans les cadres d'activité, car sur ce point, il n'a demandé aucune décision (82). De même, si l'objet de la demande initiale concerne le licenciement : « ... en l'absence de décision préalable, le requérant n'est pas recevable à présenter directement au Conseil d'Etat des conclusions relatives à sa réintégration et à sa titularisation... »(3).

La jurisprudence admet cependant de manière constante qu'une demande qui n'est que le complément de la demande initiale présentée à l'administration puisse être formée sans une nouvelle décision préa-

(81) 23 mars 1956, Dame Veuve Ginestet, A.J. 1956, p. 164, concl. Kahn.
(82) C.E., 9 mars 1906, Lourbin, Rec. 221, v. égal. 30 avril 1926, Compagnie générale des voitures, Rec. 433.
(83) C.E., 6 mars 1953, sieur Angeli, Rec. 125.

lable (84). Elle permet que l'objet de la demande initiale à l'administration, tout en étant formulé de manière précise, ne soit pas entièrement déterminé dans tous ses éléments. Ainsi, une demande d'indemnité ne précisant pas le montant de la réparation demandée lie le contentieux (85). Le Conseil d'Etat recherche, par cet assouplissement de sa jurisprudence, à atténuer les inconvénients d'une fixation prématurée de l'instance. Il n'est pas bon que le cadre du débat soit figé trop tôt. D'autres aspects du litige peuvent apparaître. Le demandeur doit pouvoir en tenir compte dans la formulation de sa requête. La décision préalable, survivance historique, amène une détermination prématurée du cadre du débat. Le Conseil d'Etat lutte consciemment contre cette fixation rigoureuse qu'une loi récente lui interdit de supprimer par voie jurisprudentielle.

b) *La demande de décision préalable doit indiquer la cause juridique du débat.* — La même souplesse caractérise la jurisprudence dans ce deuxième domaine. En principe, en effet, la cause juridique de la demande doit être déterminée dès que cette dernière est formée. Deux possibilités s'offrent cependant au requérant pour tourner cette règle.

Il peut tout d'abord faire valoir un moyen nouveau. Si ce dernier relève de la même cause juridique que les moyens initialement présentés, il sera recevable (86). D'autre part, la jurisprudence admet la recevabilité d'une demande, complément juridique de la demande initiale. Dans un arrêt du 12 décembre 1951, Ville de Revel, la Haute Assemblée affirme « Considérant, d'autre part, que si elles étaient relatives à un chef d'indemnité différent, les conclusions du sieur Pratviel tendant à l'octroi d'une indemnité compensatrice de la privation d'une éventuelle pension de retraite, loin de constituer une nouvelle réclamation fondée sur une cause qui lui fût propre ne constituaient qu'un développement, un complément de la demande initiale de l'intéressé ; que dès lors, la recevabilité des conclusions n'était pas subordonnée à une nouvelle décision préalable du conseil municipal » (87).

La tendance actuelle de la jurisprudence peut se résumer ainsi. D'une part, elle considère la demande de décision préalable comme un véritable recours à la justice. Très logiquement, elle exige en conséquence que cette demande fixe les éléments du débat. Un exemple

(84) V. par ex., 12 décembre 1951, Ville de Revel, Rec. 589.

(85) 9 décembre 1949, Dame Geeverding, Rec. 543.

(86) Nous approfondirons plus loin ces questions. V. pour le plein contentieux, 22 février 1946, sieur di Grazia. Rec. 58. « Considérant que la réclamation présentée au ministre tendait à obtenir la réparation du préjudice causé par un accident imputé à un véhicule militaire ; qu'en précisant devant le Conseil d'Etat les divers éléments de ce préjudice et en opposant au refus du ministre des moyens nouveaux, le requérant n'a pas pour autant formé une demande nouvelle ; que, dès lors, sa requête est entièrement recevable. »

(87) 12 décembre 1951, Ville de Revel, Rec. 589.

récent démontre bien que notre interprétation est exacte. La Haute Assemblée admet que, lorsqu'elle est saisie après une instance devant les tribunaux (88), une nouvelle demande à l'administration n'est pas exigée (89). En effet, les éléments du débat étant déjà déterminés, une nouvelle fixation de ceux-ci n'est pas nécessaire. C'est donc que la demande de décision préalable fixe ordinairement le cadre du débat.

D'autre part, la jurisprudence permet que le cadre du débat initial soit élargi pour laisser place à une nouvelle argumentation ou à une nouvelle revendication du demandeur. Cette tendance jurisprudentielle retarde ainsi le moment où sont fixés les éléments du débat. En ce sens, elle se rapproche de la jurisprudence judiciaire.

44. — On sait, en effet, qu'en procédure civile, le demandeur n'est pas limité, en première instance, par une phase antérieure de la procédure. Il détermine librement le terrain juridictionnel du litige. On notera cependant que *la jurisprudence civile exige qu'une certaine opposition des prétentions des parties existe avant le recours en justice* (90). Le litige doit être né et actuel.

En procédure administrative contentieuse, l'acte complexe, demande-décision permet de déterminer les éléments du litige. Il n'est pas étonnant de voir le Conseil d'Etat déclarer assez fréquemment que l'acte complexe n'est pas intervenu et qu'en conséquence la demande est irrecevable. Il en est ainsi lorsque le Conseil déclare que l'administration n'a pas définitivement exprimé son point de vue, que l'acte de la puissance publique est simplement la mesure préparatoire d'une décision (91), une simple invitation (92), un avertissement (93) ou encore un renseignement (94) ou un avis (95) et non une décision.

(88) En l'espèce, Tribunaux judiciaires dessaisis par le Tribunal des Conflits.

(89) 10 juillet 1954, Société Leheurteux, Rec. 451, « Considérant que par assignations en date du 16 décembre 1947 et du 27 juillet 1948, la Société Leheurteux a demandé au ministre des Anciens Combattants et Victimes de la guerre de lui verser vingt millions à titre de dommages et intérêts ; que le ministre a saisi le tribunal civil de conclusions tendant à faire déclarer cette juridiction incompétente pour connaître du litige ; que le tribunal civil s'étant estimé compétent, le préfet a élevé le conflit ; que le tribunal a, le 2 février 1950, décidé que les tribunaux judiciaires étaient incompétents pour connaître de l'action de la Société Leheurteux ; qu'il appartient à la société requérante de saisir alors, comme elle l'a fait, le Conseil d'Etat sans avoir, au préalable présenté une nouvelle demande au ministre ; que, par suite, le ministre des Anciens Combattants et Victimes de la guerre n'est pas fondé à soutenir que la requête sus-visée n'est pas recevable ».

(90) Douai, 15 décembre 1898, D.P. 1900.2.420. Rennes, 30 mars 1905, D.P. 1905.5.17.

(91) 8 novembre 1938, Goyenêche, Rec. 829 ; 9 juillet 1948, Syndicat national des courtiers d'assurance et autres, Rec. 315.

(92) 21 novembre 1941, Société de crédit immobilier de la région parisienne, Rec. 199 ; Dépis, 25 juin 1947, Rec. 281.

(93) 7 juin 1944, Quesnel, Rec. 165 ; Barbier, 1er mars 1939, Rec. 130.

(94) 3 juillet 1935. Thiébault, Rec. 763 ; 22 juillet 1936, Godard, Rec. 833.

(95) 22 juillet 1936, Paquet, Rec. 823 ; 10 mars 1939, Fédération des fonctionnaires d'Etat d'Alsace et de Lorraine, Rec. 153.

Le Conseil d'Etat exige, par ce biais, que le litige soit clairement déterminé avant l'introduction du recours. Un avertissement donné par l'administration peut engendrer un litige. Mais, ce dernier ne naîtra que lorsque ses éléments auront été déterminés, notamment lorsque son objet se sera fixé. Jusqu'à ce moment-là, le litige n'est pas né et actuel. La décision préalable répond donc bien au but de créer un tel litige avant tout recours. Cela est d'autant plus évident que le Conseil d'Etat considère que « si sur recours contentieux, l'administration conteste devant la juridiction administrative la prétention du requérant, le contentieux (malgré l'absence de décision préalable) est lié par ses conclusions » (96). En effet, dans ce cas, l'attitude de l'administration démontre qu'un litige existe. Il serait inutile d'exiger une décision formelle (97).

45. — Le demandeur a le pouvoir, aussi bien en procédure administrative contentieuse qu'en procédure civile, de fixer le terrain juridictionnel du litige. Certes, jusqu'à présent, cette prérogative s'exerçait à des moments différents dans les deux systèmes. Mais, tandis que les fondements injustifiés de la décision préalable tendent à disparaître, son objectif principal se découvre. Le recours du demandeur est *libre* en ce sens qu'il détermine le champ du débat par lui-même. *Il n'est pas arbitraire.* Il doit correspondre à un différend existant. Cette condition est inhérente à toute procédure. On n'est pas étonné de l'avoir découverte en procédure civile, parée d'une autre dénomination.

46. — B. *La prérogative du demandeur est la conséquence de son droit d'initiative.* — Le demandeur détient le pouvoir de fixer le cadre du litige. Si cette prérogative est normale dans un contentieux subjectif, on a soutenu qu'elle contredisait l'idée même de contentieux objectif (98). La possibilité pour le demandeur de fixer le terrain juridictionnel du litige et, notamment, la cause de celui-ci apparaît à M. Kornprobst comme contraire aux principes d'un tel contentieux. D'après cet auteur, si on devait admettre que le litige ouvert par l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir constitue un procès fait à un acte, le juge devrait se prononcer sur la légalité de la décision qui lui est soumise en tenant certes compte des arguments présentés

(96) WALINE, *Droit administratif*, 8e édit., p. 188, v. 13 mars 1903, Allicane, Rec. 238.

(97) Sur tous ces points, v. ODENT, *Contentieux administratif*, 1957-58, pp. 452 et suiv. qui affirme, notamment p. 463, « Il est fréquent que sans prendre de décisions, ou avant d'en prendre, l'administration manifeste certaines velléités. Ces manifestations ne lient pas le contentieux et ne sont pas susceptibles de recours. Les justiciables ne sont pas lésés, puisqu'ils pourront attaquer l'éventuelle décision qui serait la conséquence de ces velléités ; le contentieux y gagne en éliminant des litiges prématurés.

(98) KORNPROBST, Thèse citée, p. 325.

par le « défenseur » de l'acte et par « l'attaquant », sorte de ministère public, mais *sans accepter de se laisser enfermer par eux* (99). La solution contraire étant retenue, M. Kornprobst en déduit que la possibilité pour les parties de « choisir leur terrain » *suppose l'existence de parties* » (100).

Cette conclusion nous semble exagérée. La solution adoptée suppose l'existence d'une seule partie : le demandeur.

Il existe, en droit français, deux contentieux, le contentieux pénal et le contentieux disciplinaire où, de manière générale, l'action est mise en mouvement sur l'initiative du juge. Celui-ci peut, en conséquence, examiner la totalité de la situation en cause. Détenant le pouvoir de mettre en mouvement l'action, il a ainsi la possibilité d'en fixer les limites. On aurait pu concevoir que le contentieux objectif et, plus spécialement, le recours pour excès de pouvoir, soient organisés de cette manière. Ce n'est pas cette solution qui a été retenue.

*A partir du moment où on laisse à un particulier, le demandeur, le soin de mettre en mouvement l'instance, il est normal que celui-ci détienne le pouvoir d'en fixer les éléments.* Sinon, la prérogative d'initiative qui lui est reconnue ressemblerait trop à celle d'un « presse bouton ». Le droit d'initiative a pour conséquence la possibilité pour le demandeur de tracer des limites à l'instance. Mais, il ne s'agit là que d'*une seule partie.* On ne peut prétendre trouver dans ce mécanisme l'origine d'un quelconque défendeur.

Ce sont donc bien les pouvoirs du demandeur qui sont à l'origine de l'instance. Le droit, après lui avoir dicté sa position de demandeur, lui confère un ensemble de prérogatives destinées à la satisfaire. Ces prérogatives sont adaptées à un but : la solution du litige. Pour cette raison elles s'épuisent dans l'instance.

(99) C'est nous qui soulignons.
(100) V. note 97.

## CHAPITRE II

### *Les pouvoirs du demandeur s'épuisent dans l'instance.*

47. — Le demandeur, en usant de ses prérogatives, met l'instance en mouvement et en fixe le cadre. Ce dernier constitue la matière première de celle-ci Le requérant apparaît ainsi comme un ***dominus litis***. Le procès ne reste pas cependant sans exciter des convoitises diverses. Les tiers intéressés ou mis en cause doivent pouvoir faire entendre leur voix. La nécessité des défenses ne s'accorde pas toujours avec la fixité du litige. Cette détermination des éléments du procès se concilie encore moins avec les contre-attaques. De tous côtés, des pouvoirs antagonistes à celui du demandeur se créent. Libre d'introduire l'instance, il voit ses pouvoirs se rétrécir dès qu'il forme son recours. Il ne peut plus étendre le procès que dans certaines limites qu'il s'est lui-même assignées ; cela pour ne point heurter l'intérêt de personnes qu'il a en général, lui-même, mises en cause.

L'instance *réintroduit un équilibre nécessaire* entre les personnes soumises au pouvoir initial du demandeur. Le défendeur peut user de la voie des demandes reconventionnelles au moyen desquelles il répond au requérant. Les intervenants peuvent également présenter certaines conclusions. Alors que le demandeur, s'il veut étendre le cadre de l'instance, ne peut le faire que dans la mesure où sont admises les demandes additionnelles. Par le jeu de l'opposition, ou encore de la tierce opposition et de l'autorité relative de la chose jugée, les personnes placées plus ou moins en marge du procès le remettent en cause. Enfin, au fur et à mesure que le litige évolue vers sa solution, les pou-

voirs des parties se limitent : en appel, les demandes nouvelles ne sont plus recevables, en cassation, les moyens nouveaux ne sont plus autorisés.

Même sous cet aspect, cependant, l'instance ne s'évade pas du cadre fixé par le demandeur. Le pouvoir du demandeur reste le pouvoir principal, les pouvoirs des autres parties ne sont que des pouvoirs dérivés. La recevabilité des conclusions de ces parties ne s'apprécie que dans le cadre fixé par le demandeur. L'instance principale reste la première instance; les autres instances ne sont que des instances dérivées. Leur cadre est déterminé par l'acte d'introduction de première instance, si le demandeur originaire le désire. Le demandeur en appel ne bénéficie d'aucune des prérogatives dont bénéficie le demandeur de première instance. Si l'instance se prolonge en appel ou en cassation, le véritable demandeur reste le demandeur originaire.

Le cadre fixé par le demandeur s'impose enfin au juge. Celui-ci doit, pour juger, demeurer dans ce cadre. Il ne peut ni l'élargir, en statuant *ultra petita*, ni l'enserrer dans des limites que le demandeur n'a pas désirées, en omettant de statuer sur certains points.

La limitation des pouvoirs du demandeur par la réglementation des demandes additionnelles dans l'instance principale, par la théorie des demandes nouvelles ou des moyens nouveaux dans les instances dérivées, s'explique uniquement par le fait que le litige s'achemine vers sa solution. Or, la solution du litige est le but de l'instance. La fixation originaire du cadre du litige par le demandeur est cependant la cause principale de cet amenuisemant de ses possibilités d'actions. Titulaire de prérogatives importantes, le demandeur les épuise dans l'instance.

48. — Tous ces points correspondent à une théorie fondamentale de l'instance. On doit les retrouver également dans les deux procédures. Nous allons cependant constater que le droit positif n'est pas toujours en accord avec ce point de vue. Dans beaucoup d'espèces le Conseil d'Etat ne perçoit pas toujours l'équilibre qui doit régner dans l'instance administrative. Les conséquences qu'il tire de la survivance de la décision préalable sont encore trop importantes pour que les deux procédures soient en parfaite concordance.

## Section I

### Le cadre de l'instance fixé originairement par le demandeur empêche toute extension démesurée du débat.

49. — Lors de l'introduction du recours, le litige a été fixé par le demandeur seul. Il est nécessaire de rétablir une égalité entre les parties : défendeurs et intervenants doivent pouvoir exprimer leurs

moyens. Le demandeur ne doit pas pouvoir tourner par une extension ultérieure de sa demande, les règles exigeant une décision préalable de l'administration, ou, autrefois, le préliminaire de conciliation sur l'ensemble de la matière formant l'objet du procès. Il est, d'autre part, équitable de lui permettre de joindre certaines prétentions voisines à sa demande originaire et de ne pas le contraindre à engager à cette occasion une autre instance.

En revanche, au fur et à mesure que l'on passe de l'instance principales aux instances dérivées, cette liberté se justifie moins, « ...le cadre du litige se rétrécit incontestablement devant les seconds juges. Cette canalisation progressive de la liberté d'argumentation des plaideurs atteint son maximum devant la Cour de cassation : les moyens nouveaux y sont en effet prohibés » (2).

## Sous-Section I

## Pouvoirs respectifs du demandeur et des autres parties dans l'instance principale : le principe de l'immutabilité du litige.

### § I. — Origine du principe de l'immutabilité du litige

50. — En droit romain, la *litis contestatio* fixait de manière définitive l'objet du litige. Dans notre droit actuel, la demande détermine la sphère du procès, sauf la possibilité, jusqu'à la clôture des débats, de présenter des moyens nouveaux et même certaines demandes incidentes » (3).

Aucun texte n'affirme, pour l'instance principale, l'immutabilité du litige. La doctrine et la jurisprudence civile l'ont tirée de l'article 464 du Code de procédure civile qui l'affirme pour l'instance d'appel (4) : « il ne pourra être formé en cause d'appel aucune demande nouvelle.. » Ce principe d'immutabilité, appliqué au demandeur, signifie qu'une fois la requête principale formée, aucune autre demande ne peut être introduite (5). La jurisprudence a dû, cependant, apporter des atténuations à la rigueur de la règle d'immutabilité. Grâce à une interprétation extensive des articles 337 et 338 du Code de procédure, elle admet

(2) Azard P., *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, Thèse, Paris, 1936, pp. 67 et 68.

(3) Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, pp. 364 et suiv. V. la distinction effectuée par M. Morel entre la mise en état de la cause et la *litis contestatio*.

(4) Bouvet, *De la mise en état de l'instance*, Thèse, Paris, 1921.

(5) Req., 27 décembre 1943, S. 1944.1.90. V. Vizioz, *Etudes de procédure*, p. 216, n° 36 et Rev. tr. dr. civ. 1946, p. 145.1.I

la recevabilité des demandes incidentes, celles-ci étant entendues de manière très large. La demande incidente est formée à l'occasion d'une demande principale, pour s'y joindre, en suspendre la marche, en modifier la solution ou, même, l'écarter entièrement (6).

51. — La loi du 22 juillet 1889 détermine les conditions de forme que doivent remplir les demandes incidentes. Elle prévoie, d'autre part, que si les « parties présentent des conclusions nouvelles ou des moyens nouveaux (7), le conseil ne peut les adopter sans ordonner un supplément d'instruction (8). Elle admet donc certains incidents, sans toutefois les énumérer. Aussi, la doctrine affirme-t-elle que le législateur « s'en est, pour les incidents qu'il ne prévoyait pas, référé aux principes généraux du droit et aux règles essentielles du Code de procédure civile » (9). La jurisprudence antérieure n'admettait que dans des cas limitativement énumérés, les demandes additionnelles et reconventionnelles (10). Elle n'a pas été démentie depuis la loi de 1889. Ainsi, un principe d'immutabilité du litige s'est construit en jurisprudence administrative assorti d'exceptions précises. Le parallélisme avec la jurisprudence civile a guidé son établissement dans le contentieux administratif.

Lorsque la jurisprudence les admet, les conclusions incidentes sont possibles jusqu'à la clôture des débats ; du moins en procédure civile. Avant la loi du 15 juillet 1944, les conclusions des parties étaient définitivement fixées au moment où elles étaient échangées contradictoirement à l'audience. Il y avait là une fixation prématurée du litige à un moment où l'instruction de l'affaire n'était pas encore effectuée. Aujourd'hui, c'est au moment où le juge rapporteur lit son rapport que les conclusions sont définitivement fixées, sauf si le tribunal ordonne la réouverture des débats (11). Les tribunaux admettent bien que les parties éclairent leur argumentation par des notes, mais ces dernières

(6) Req., 24 mai 1859, D.P. 1859.1.376 ; Civ., 9 juin 1886, D.P. 1887.1.63. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 44, donne une définition assez proche de celle-ci : « Une demande est incidente lorsqu'elle est formée au cours d'un procès engagé. Les demandes incidentes émanent soit du demandeur, soit du défendeur : elles peuvent émaner aussi d'un tiers ou être formées contre un tiers jusque-là étranger à l'instance. »

(7) Heurte A., « Conclusions nouvelles et moyens nouveaux présentés à l'audience du tribunal administratif », A.J. 1957.1.37.

(8) Art. 45. Art. 39, loi du 22 juillet 1889. « Sont applicables aux demandes incidentes les règles établies par les articles 1 à 9 de la présente loi. » De même, devant le Conseil d'Etat, v. Décret du 22 juillet 1806, art. 15, § 1.

(9) Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les Conseils de Préfecture*, 1891, p. 270.

(10) V. pour les demandes additionnelles, 1er avril 1869, Berneau, Rec. 288, 21 juillet 1869, Roca, Rec. 702, 7 août 1874, Ville de Paris, Rec. 845. Pour les demandes reconventionnelles : 15 décembre 1859, Commune d'Ennery, Rec. 737, 17 février 1865, Vielle, Rec. 211.

(11) Le jugement qui ordonne la réouverture des débats est une mesure de pure administration. Il n'est pas susceptible d'appel : Poitiers, 27 novembre 1922, S. 1923.II.47.

ne doivent contenir aucun moyen nouveau (12). Des conclusions nouvelles pouvaient, dans les mêmes conditions, être admises devant les Conseils de préfecture jusqu'au moment où le commissaire du gouvernement prenait la parole (13).

Si toutefois les parties apportaient des arguments nouveaux particulièrement décisifs après la clôture des débats, la juridiction pouvait toujours rouvrir ces débats en ordonnant un supplément d'instruction (14). La réouverture des débats n'étant qu'un acte spontané du juge, dans le cas où il ne décidait pas de l'ordonner, aucune des demandes incidentes qui pouvaient se produire postérieurement aux conclusions du commissaire du gouvernement ne devait apparaître dans la décision (15).

52. — Ces solutions identiques à celles retenues par la jurisprudence civile et s'inspirant des mêmes principes n'étaient toutefois appliquées que dans le cas où la loi ne prévoyait pas de délai pour le recours principal, c'est-à-dire devant les Conseils de préfecture. En revanche, devant le Conseil d'Etat, le décret du 22 juillet 1806, puis la loi du 13 avril 1900 ayant fixé un délai de recours, les demandes présentées après l'expiration de ce délai n'étaient pas recevables. Il en était de même devant les Conseils de préfecture lorsque la loi avait déterminé, de manière exceptionnelle, un tel délai. La réforme du 30 septembre 1953 ayant déterminé un délai de droit commun devant les tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat a estimé que les demandes additionnelles doivent être désormais irrecevables sauf lorsque les droit de la défense (16) sont en jeu. On critiquera plus loin cette jurisprudence. Pour l'instant, tirons-en les conséquences pour notre comparaison.

53. — L'immutabilité du litige s'est affirmée dans les deux jurisprudences. Cette règle n'est valable que dans la mesure où on l'assortit de l'exception des demandes incidentes. Or, des considérations propres au contentieux administratif ont amené le Conseil d'Etat à limiter strictement cette exception. Il faut démontrer, par une étude détaillée des deux jurisprudences, les inconvénients de la solution administrative

(12) Civ., 13 janvier 1942, D.C. 1942.57.
(13) 30 juin 1876, Veuve Chartier et sieur Adigard, D.P. 1876.3.97.
(14) 25 février 1864, Kégel, Rec. 201.
(15) 1er avril 1869, Berneau, D.P. 1870.3.41.
(16) 18 janvier 1928, Quignon. Rec. 72 ; sur une solution plus limitée v. 23 décembre 1927, Veuve Decauville, Rec. 1256.

## § II. — Conditions d'exercice des demandes incidentes.

54. — Le principe de la fixation du cadre de l'instance par le demandeur risque de créer une inégalité entre les parties (17). La poursuite du cours normal de l'instance redonne un équilibre de chances à celles-ci. Tandis que le demandeur ne peut que transformer difficilement sa demande initiale, le défendeur, s'il est en principe soumis aux éléments de l'instance tels que la première partie les a déterminés, peut, dans certains cas, élargir son cadre. L'intervenant se trouve, lui, soumis, comme nous l'avons montré, à un régime mixte. D'une part, son recours se greffe sur le recours principal : il devrait donc en respecter les limites. D'autre part, il doit former son recours par voie de requête distincte : on devrait, par conséquent, lui accorder le droit de fournir ses propres conclusions. Entre toutes ces parties, une division s'opère. On examinera, en premier lieu, le cas de l'auteur de l'instance principale, le demandeur ; les autres parties, les acteurs au recours principal ne jouant, en principe, qu'un rôle dérivé seront ensuite étudiées.

55. — 1° *La possibilité pour l'auteur de l'instance principale de former une demande incidente.* — La demande initiale de l'intéressé caractérise le débat. La jonction d'autres demandes peut se heurter à des conditions de compétence du juge saisi. Elle doit, en tout état de cause, être justifiée par une parenté avec la première demande soumise au juge. Cette parenté existe déjà sur deux des éléments de la demande initiale. Le requérant est évidemment le même. Modifier le défendeur serait donner une orientation complètement différente à la demande. C'est donc par l'objet ou par la cause que la demande additionnelle peut différer de la demande initiale.

56. — A. *La réglementation de la demande additionnelle dans les deux procédures.* — La demande additionnelle doit satisfaire à deux exigences. Elle ne doit pas étendre démesurément le débat pour ne pas compliquer la tâche du juge. Elle ne doit pas surprendre le défendeur. Il faut donc qu'il existe un certain lien entre la demande initiale et la demande additionnelle.

L'objet de la demande initiale est bien connu. L'article 61 du Code de procédure civile (18), oblige le demandeur à indiquer dans l'exploit

(17) M. Azard note justement (Thèse précitée, p. 4) : « Pareille faveur peut s'expliquer par le souci de rétablir un équilibre rompu : le demandeur a l'initiative du débat ; il n'a engagé le procès qu'après avoir préparé soigneusement son argumentation. Bien au contraire, le défendeur a pu être surpris ; sa défense composée plus rapidement, a pu négliger des arguments capitaux. Le remède a donc été de permettre à ce plaideur de proposer tous les arguments oubliés, à quelque moment du procès que ce fût, pourvu qu'ils se rattachent à l'objet du débat. »

(18) Douai, 11 mai 1926, D.H. 1926.473 ; Bastia, 29 mars 1949, D. 1949.284.

d'ajournement, l'objet de la demande afin de permettre à la partie adverse de préparer sa défense. Avant la loi de 1889, une controverse s'était élevée à propos de l'application de cet article 61 à la procédure administrative contentieuse. La Conseil de préfecture de l'Allier avait disposé « ... que l'article 61 du Code de procédure civile exige, à peine de nullité, que l'exploit d'ajournement mentionne l'objet de la demande, principe applicable aux instances devant les tribunaux administratifs ». Mais le Conseil d'Etat dans sa décision Eaux thermales de Vichy (19), a adopté une solution opposée. Il a décidé que si les parties sont tenues de déterminer dans leurs mémoires l'objet des demandes qu'elles portent devant les juridictions administratives, aucune disposition de loi ou de règlement n'a rendu l'article 61 du Code de procédure civile applicable à ces demandes. Le Conseil d'Etat a annulé, en conséquence, l'arrêté du Conseil de préfecture de l'Allier : il suffit que l'objet de la demande soit suffisamment déterminé ». Cette jurisprudence est un peu plus libérale que celle de l'ordre civil. Il est du pouvoir du tribunal d'affirmer que telle requête postérieure est implicitement contenue dans la demande introductive d'instance ou la décision préalable (20).

57. — Les deux jurisprudences exigent que la demande additionnelle soit liée à la demande principale par la *connexité*. La demande additionnelle est connexe à la demande principale lorsque, tout en modifiant l'objet du litige par addition ou substitution, elle procède de la même cause. Ainsi, lorqu'un créancier a réclamé la somme qu'il pense lui être due par sa requête initiale, il peut ensuite, par une demande additionnelle, réclamer les intérêts de cette somme (21). Le prêt allégué est la cause de la demande principale, il se trouve également à l'origine de la prétention additionnelle ; il serait trop formaliste d'exiger que le demandeur forme une autre instance pour le jugement de cette deuxième prétention si étroitement liée à la première. Par extension, peut être considérée comme connexe à la demande principale, une demande dont la solution dépend nécessairement de la solution donnée à la première requête (22). Dans ce cas, la cause juridique de la seconde demande est la solution éventuelle de la première. Le Conseil d'Etat déclare recevables des conclusions subsidiaires « n'étant que

(19) 27 février 1862, Eaux thermales de Vichy, Rec. 154.

(20) 26 avril 1939, Commune de Colombes, Rec. 264. « ... la ville n'est pas fondée à opposer la fin de non recevoir le requérant ayant entendu par sa demande, porter devant le Conseil de préfecture l'ensemble du litige. »

(21) Civ., 8 juillet 1907, D. 1908.1.451. V. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 292.

(22) On peut citer ici la jurisprudence (Req., 27 février 1888, D.P. 1889.1.24) qui admet la jonction pour connexité de deux instances. Formulée par deux instances déjà formées sur la base de l'article 171 C. proc. civ., elle doit être appliquée à plus forte raison, pour la jonction à une instance principale d'une demande annexe.

la conséquence des conclusions principales » même si « elles sont » présentées pour la première fois à l'audience (23).

L'appréciation de la connexité relève du pouvoir souverain du juge saisi de la demande principale (24). La loi civile laisse au juge saisi du principal la possibilité soit de statuer préalablement sur le demande additionnelle, soit de la joindre au principal pour statuer sur le tout par un seul jugement. Le tribunal peut même disjoindre la demande additionnelle, si elle est de nature à retarder la solution de la demande principale (25). De même, si les prétentions additionnelles n'ont pas fait l'objet d'une instruction suffisante et sont de nature à retarder le jugement de la requête principale, le juge administratif renvoie le demandeur à se pourvoir par voie de requête principale (26).

Ainsi, les demandes additionnelles sont-elles soumises en droit administratif aux mêmes conditions d'admission qu'en procédure civile. Comme le montrent Teissier et Chapsal, les mêmes motifs dictent ces conditions : « Une demande additionnelle doit être connexe par sa cause et son origine avec la demande principale de manière à reposer sur les mêmes moyens et à s'évanouir devant la même défense » (27).

58. — B. *Les conditions particulières à la procédure administrative contentieuse.* — Cette réglementation commune par les deux jurisprudences ne doit pas cependant faire illusion. Les demandes additionnelles voient s'élever contre elles une série d'obstacles particuliers à la procédure administrative contentieuse.

59. — *a*) On notera en premier lieu que l'objet de la demande principale peut être conçu de manière très large en procédure civile. En revanche, en procédure administrative contentieuse, on ne peut, en principe, attaquer qu'une seule décision par demande. Si plusieurs déci-

(23) 21 juillet 1869, Roca, Rec. 702, « Considérant que ces conclusions subsidiaires n'étant que la conséquence des conclusions principales, c'est à tort que le conseil de préfecture les a rejetées comme non recevables par le motif qu'elles étaient présentées pour la première fois à son audience. » Dans le même sens, 1er avril 1863, Berneau, Rec. 288 ; 22 février 1866, Pérès, Rec. 135.

(24) Civ., 12 mars 1953, D. 1953.322 ; Civ., 8 avril 1957, Bull. civ. 1957.I.145.

(25) V. Morel, Traité précité, p. 293, n° 356.

(26) 6 juillet 1865, Beaufrère, Rec. 697. Lorsqu'un chef de demande (dans l'espèce, demande d'indemnité pour la dépréciation d'un étang présentée accessoirement, à des demandes d'indemnité pour chômage et dépréciation d'usine) n'a été formulé devant le conseil de préfecture qu'après l'expertise achevée, le conseil de préfecture peut refuser de statuer sur ce chef qui n'a pas été l'objet d'une instruction suffisante. Sa décision ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce que la même demande soit de nouveau portée devant lui ; de même, 27 juin 1873, Boivin, Rec. 595 : conclusions additionnelles produites le jour de l'audience, si l'instruction n'a pas porté sur le point dont elles sont l'objet, c'est avec raison que le conseil de préfecture renvoie le réclamant à se pourvoir par voie d'action principale.

(27) Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, 1891, p. 285.

sions sont attaquées par une même requête, le recours ne sera recevable que contre la première décision mentionnée dans la requête (28). Une seule exception est apportée à cette jurisprudence au cas où les décisions simultanément attaquées sont connexes. C'est ainsi que lorsqu'un arrêté de révocation du poste de surveillant du service des viandes « n'a été pris qu'en conséquence de celui ayant révoqué le requérant de l'emploi de secrétaire de mairie, ledit requérant est recevable à déférer les deux arrêtés par la même requête» (29). De même, l'arrêté de mise à la retraite du requérant et la décision relative à sa demande de pension étant la conséquence l'un de l'autre sont de nature à être attaqués par une même requête (30). La condition de connexité qui ne joue en procédure civile qu'au stade de la demande additionnelle fait produire ses effets en procédure administrative contentieuse dès l'heure de la demande principale.

60. — *b*) La division des recours (31), dans le contentieux administratif peut également être regardée comme un obstacle à la recevabilité des demandes additionnelles.

La distinction du recours pour excès de pouvoir et des recours de plein contentieux peut, en effet, limiter encore la faculté qu'ont les parties de présenter des demandes additionnelles. Si on admet que ces deux recours sont strictement autonomes l'un par rapport à l'autre, une demande additionnelle en indemnisation dans un recours pour excès de pouvoir doit être irrecevable. Cette solution a été pendant un temps retenue par le Conseil d'Etat. La jonction de requêtes distinctes pour excès de pouvoir et de plein contentieux était admise, si cette deuxième requête était dirigée contre des faits d'exécution résultant de l'opération mise en cause par la première demande et s'il y avait eu constitution d'avocat (32).

Mais la Haute Assemblée se refusait à admettre la jonction, dans un même recours, de conclusions additionnelles en indemnité et des conclusions en excès de pouvoir (33). Les trois arrêts du 31 mars 1911,

(28) Jurisprudence absolument constante.

(29) 31 mai 1933, Hautefeuille, Rec. 587.

(30) Assemblée, 25 mars 1938, Bollini, Rec. 306 : « Considérant qu'en raison de la connexité qu'ils présentaient l'arrêté de mise à la retraite du requérant et la décision relative à sa demande de pension mixte étaient de nature à être attaquées par une même requête.» V. également Section, 13 novembre 1942, Paccendini, Rec. 319. V. sur une extension de cette jurisprudence 22 mai 1918, Truc, Rec. 299.

(31) HEILBRONNER, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, D. 1953, Chr. 183. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 1957-58, fasc. III, p. 595.

(32) 15 mai 1895, Grebessac, S. 1897.III.92 ; 8 août 1899, Bargat, S. 1902.III.6.

(33) La même solution était évidemment retenue (la raison restant la même : le cloisonnement des recours) lorsque les deux conclusions étaient présentées conjointement dans la requête initiale. V. 27 janvier 1899. Commune de Blanzac, S. 1901.III.77 ; 29 juin 1906, Carteron, S. 1907.III.97, note HAURIOU.

Blanc, Argain et Bézie, marquent l'abandon de cette jurisprudence. « Il avait... régné pendant tout le XIX^e siècle une conception des recours contentieux administratifs qui en faisait des sanctions ou des instances rigides, ne pouvant pas se transformer l'une l'autre à l'image des actions du droit romain primitif... » (34).Ces arrêts viennent assouplir cette délimitation excessive et permettre ainsi aux demandes additionnelles, par une jurisprudence qui ne s'est pas démentie depuis (35), de s'appliquer plus fréquemment.

Une seule limitation tenant au cloisonnement des recours subsiste cependant. L'extension de l'objet de la demande à des conclusions en indemnité peut se heurter au fait que dans la matière en cause, le recours de plein contentieux est impossible. Dans certaines matières, le juge administratif ne peut être saisi que d'un recours pour excès de pouvoir. Il s'agit de matière où comme l'a justement noté le conseiller d'Etat Heilbronner (36), les appréciations pécuniaires sont particulièrement difficiles sinon impossibles. On peut citer, par exemple, le contentieux des amendes infligées pour infraction à la législation économique des prix (37) ou, encore, celui des actifs restituables aux entreprises nationalisées (38).

Dans la procédure administrative contentieuse, l'extension de la demande initiale est limitée non plus par l'autonomie des contentieux, mais par le fait que l'usage d'une des catégories de recours est impossible dans une certaine matière. Ceci résulte plus sûrement d'une restriction des pouvoirs du juge que de ceux du demandeur. Le juge administratif se refuse, en effet, à user du plein contentieux dans certains domaines récents où toute évaluation d'indemnité revêtirait un caractère trop arbitraire.

61. — *c*) La limitation la plus considérable qui pèse sur les demandes additionnelles tient à une jurisprudence particulièrement restrictive du Conseil d'Etat. En effet, pour la Haute Assemblée, dans les cas où la décision préalable et le respect du délai sont exigés de la demande principale, ils doivent l'être également des demandes additionnelles. Il en résulte que toute extension en dehors des délais de la demande

(34) Note Hauriou sous Blanc, Angain, Bézie, S. 1912.III.129.

(35) Assemblée, 31 mai 1957, Balpêtré, Rec. 362, conclusions Tricot, est une des applications les plus récentes de cette jurisprudence : jonction dans une même requête de conclusions en excès de pouvoir contre un arrêté ayant révoqué sans pension le Sieur Balpêtré et de conclusions en indemnité tendant à faire prononcer la responsabilité de l'Etat (dans sa décision le Conseil d'Etat annule l'arrêté en question pour excès de pouvoir et condamne l'Etat à payer au sieur Balpêtré la somme de 1.500.000 francs). V. sur ces problèmes la chronique Combarnous et Galabert, « La recevabilité des demandes d'indemnité fondées sur l'illégalité d'une décision devenue définitive », A.J. 1960.1.160.

(36) Chronique précitée.

(37) 5 avril 1944, Guignard, Rec. 110.

(38) Section, 24 novembre 1950, Société anonyme des mines de la Loire, Rec. 572.

principale, sauf si elle concerne les moyens, doit être considérée comme une demande nouvelle (39) irrecevable comme telle. Cette jurisprudence paraît être conforme à la plus récente évolution législative. Le législateur n'a-t-il pas généralisé les exigences de délai et de décision préalable ? Mais, en réalité, on peut penser qu'elle donne une portée exagérée à des conditions qui sont déjà trop restrictives.

En effet, la condition de délai signifie simplement que la juridiction doit être « *saisie* » dans un certain délai du recours contre une décision déterminée. Si la juridiction est saisie de la requête dans le délai prescrit, les exigences légales sont remplies. Le demandeur doit pouvoir compléter son recours contre la demande principale, notamment en présentant une argumentation juridique nouvelle. Admettre, comme le fait le Conseil d'Etat, la solution inverse c'est étendre la condition de délai de la saisine de la juridiction à la motivation du recours. C'est donc dépasser l'obligation légale.

Sur le plan de la décision préalable, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'est pas plus justifiée. La décision préalable est exigée sur la demande principale. Déjà, en ce premier domaine, elle est une survivance regrettable de la théorie du ministre-juge. Mais si l'on interdit, en plus, toute extension de la demande hors des limites de la décision préalable, on fait produire à cette dernière un effet constitutif. Tout comme si elle constituait encore un jugement de première instance. La jurisprudence de la Haute Assemblée opère donc toujours comme si la décision préalable constituait un jugement de première instance. Or dans le droit actuel la décision préalable est simplement une condition à la *saisine* de la juridiction. Une fois la juridiction saisie, et dans les limites de la connexité, les demandes additionnelles doivent être recevables sans que l'on puisse leur opposer la condition de décision préalable.

Un argument exégétique appuie d'ailleurs ce raisonnement. La loi de 1889 pose que « sont applicables aux demandes incidentes les règles établies par les articles 1 à 9 de la présente loi ». Or, les exigences de délai et de décision préalable ne figurent pas parmi ces règles. Le législateur n'a donc pas voulu que ces conditions fassent obstacle à la recevabilité des demandes additionnelles.

Enfin, sur le plan de l'opportunité, la jurisprudence administrative est trop restrictive. Il existe toujours dans une affaire des aspects imprévus. Figer l'instance deux mois après la décision administrative, c'est

(39) 16 mai 1924, sieur Jourda de Vaux c. Ministre de la guerre, Rec. 483. « Considérant d'autre part que la prétention émise par le sieur Jourda de Vaux dans son mémoire en réplique de faire déclarer nul le marché passé par lui avec l'administration de la guerre et d'obtenir en conséquence l'annulation de la décision précitée du 15 août 1945 constitue une demande nouvelle fondée sur une cause juridique distincte de celle qui servait de base à la demande présentée dans la requête primitive et qui, dès lors, ne serait recevable que si elle avait été formée dans le délai du recours au Conseil d'Etat. » 1er juin 1953, Vasnier, S. 1953.III.104 ; 20 février 1953, Société Intercopie, S. 1953.III.79, note M.L.

paralyser injustement le demandeur privé. L'on ne peut contester que la solution de la jurisprudence civile soit la meilleure. Aucun obstacle tiré du droit administratif n'empêche son extension à la procédure administrative contentieuse.

62. — Sur le plan de la technique du droit positif, l'étude comparée des deux procédures a permis de percevoir quelques obstacles au rapprochement des deux procédures sur le terrain des demandes additionnelles. Cette originalité de la procédure administrative contentieuse peut apparaître comme passagère. On sait qu'une des justifications essentielles qui en a été donnée tient à l'encombrement des rôles du Conseil d'Etat. Les résultats de la réforme du contentieux laissent espérer le revirement prochain d'une jurisprudence néfaste.

63. — 2° *La possibilité pour les acteurs dans l'instance principale de former une demande incidente.* — Défendeurs et intervenants sont unis dans une même destinée. Suscités par le recours principal, ils sont sous sa dépendance. Leur droit à la parole dépend de sa validité. En effet, si le recours principal est irrecevable demandes reconventionnelles (40) et interventions (41) le seront également ». Nulle dès l'origine, la demande principale ne peut servir de support à une demande reconventionnelle » (42) ou à une requête en intervention. De même, ces deux incidents ne doivent pas retarder le jugement de l'affaire principale. Une demande reconventionnelle peut être formée jusqu'à la clôture des débats (43), mais le juge peut renvoyer son auteur à se pourvoir par voie de requête distincte si la marche du procès risque de se trouver ralentie. Les textes établissent des règles analogues pour l'intervention. L'article 340 du Code de procédure civile dispose que l'intervention ne pourra retarder le jugement de la cause principale. « L'ordonnance du 31 juillet 1945 dispose de la même manière dans son article 61 que la décision de l'affaire principale qui serait instruite ne pourra être retardée par une intervention ».

Tous ces éléments montrent que la considération essentielle reste celle de la demande principale génératrice de l'instance. L'étendue des conclusions que les parties peuvent soumettre au juge par voie de

(40) En procédure civile : Paris, 18 mai 1909, D.P. 1909.II.325, Com. 27 novembre 1951, D. 1952.71 ; en procédure administrative : 2 février 1951, Ministre de la Production industrielle c. sieur Marin, Rec. 68, Trib. adm. d'Orléans. 4 juin 1954, A.J.D.A. 1954.11.291.

(41) En procédure civile : Civ., 12 avril 1889. D.P. 1890.1.457, Civ., 24 mai 1913, D.P. 1915.1.5 ; en procédure administrative : 31 mai 1855, Compagnie générale de dessèchement, Rec., 377, 25 juillet 1934, Société anonyme des graphites Maskar, Rec. 892, Hetzel et autres, 12 juin 1936, Rec. 641, Assemblée, 17 juillet 1950, Secrétaire d'Etat à la Présidence du Conseil, Rec. 427, 7 janvier 1955, Le Parc, Rec. 7.

(42) Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 362, p. 297.

(43) En procédure civile v. Morel, n° 362, précité, en procédure administrative, 17 mars 1934, Commune d'Oulchy-le-Château, Rec. 378.

demande reconventionnelle ou d'intervention s'apprécie par rapport à cette demande. C'est également par rapport à elle que se mesure la compétence du juge saisi (44). L'accord se réalise sur tous ces points entre les deux procédures. Une fois de plus, une même théorie de l'instance est retenue dans les deux matières. Il faut, à présent, voir si l'application de ces principes n'est pas paralysée, comme pour les demandes additionnelles, par la jurisprudence.

64. — A. — *La demande reconventionnelle.* — Les droits de la défense exigent que la partie adverse du demandeur non seulement puisse faire valoir des arguments ayant pour objet le rejet de la requête mais aussi qu'elle puisse soumettre au juge des demandes incidentes le saisissant d'une prétention nouvelle et tendant à la condamnation du demandeur : il s'agit des demandes reconventionnelles. L'existence de ces dernières demandes permet, en effet, de rétablir un équilibre entre les parties. Jusqu'alors, la détermination de l'instance s'est faite sous le contrôle exclusif du demandeur. Celui-ci peut très bien avoir limité le litige sur un terrain où sa cause est entendue, évitant de mentionner d'autres points. La prérogative accordée au défendeur va lui permettre de faire peser sur le demandeur le risque d'une condamnation que celui-ci croyait réservée à son adversaire. Il résulte de cela que, logiquement, les demandes incidentes du défendeur doivent être accueillies plus facilement que celles du demandeur. Mais les nécessités de la marche de l'instance vers une solution, qui jouent pour toutes les demandes incidentes, vont également peser sur les demandes reconventionnelles. Enfin, le principe de la délimitation du litige par le demandeur bien qu'atténué ne peut cependant être enfreint par le défendeur.

Entre toutes ces exigences contradictoires, la jurisprudence a opéré une conciliation : si la demande reconventionnelle du défendeur est une forme de défense au recours principal elle sera largement admise, si, au contraire, elle ne vise qu'à étendre les limites de l'instance, des conditions strictes de lien avec la demande principale seront exigées. Avant d'examiner cette réglementation jurisprudentielle des demandes reconventionnelles, il faut tout d'abord, pour déterminer la portée de cette réglementation et son champ d'application, étudier le principe de la recevabilité des demandes reconventionnelles. Cette étude va permettre de montrer que les demandes reconventionnelles ne sont possibles que dans une partie du contentieux administratif.

65. — *a) Le principe de la recevabilité des demandes reconventionnelles.* — La simple défense a pour but de provoquer le rejet de la demande. Si elle n'avait pas été produite, la situation juridique devant laquelle se serait trouvé le juge n'aurait pas été modifiée. Saisi d'une demande principale, il aurait pu l'admettre ou la rejeter, l'estimant

(44) Cette dernière question sera examinée avec l'étude du pouvoir de statuer du juge.

mal fondée par exemple. La défense joue alors un rôle d'information du juge par la partie adverse du demandeur. La prérogative ainsi accordée à cette partie n'apparaît pas exceptionnelle. On conçoit alors facilement que des observations en défense soient admises dans le contentieux de l'excès de pouvoir, à la suite de la communication effectuée par le juge à l'administration. On admet aussi simplement qu'en l'absence de cette communication, donc en l'absence d'observations en défense, la voie de l'opposition était ouverte à l'administration. Cela résulte de la nature de la défense produite : elle joue plus un rôle d'information du juge qu'elle n'est une prérogative des parties. L'étude de la notion de demande reconventionnelle va démontrer que cette conclusion est exacte et qu'il est exagéré de prétendre tirer de là « que l'administration est bien traitée en défendeur ordinaire (46).

La demande reconventionnelle, en effet, *saisit le juge d'une prétention nouvelle.* Certes, cette prétention peut également être une défense à l'action principale. Il n'en demeure pas moins vrai que le juge se trouve dans une position juridique nouvelle. Il doit admettre ou rejeter expressément cette demande reconventionnelle. Celle-ci marque donc profondément une prérogative du défendeur : il intente ainsi une action par voie incidente. On conçoit alors fort bien que dans les contentieux objectifs — il s'agit essentiellement de l'excès de pouvoir — où la jurisprudence n'a pas tiré toutes les conséquences de l'idée de partie défenderesse, elles soient impossibles (47).

Le commissaire du gouvernement Laurent a cherché une autre raison à cette irrecevabilité (48). Il a prétendu que ces demandes sont inconcevables (49) « car la collectivité publique au nom et pour le compte de qui est intervenu l'acte attaqué ne peut former le recours contre elle-même ». En réalité, l'hypothèse envisagée est trop restrictive. Le « défendeur » à un recours pour excès de pouvoir peut très logiquement avoir intérêt à agir par la voie de conclusions reconventionnelles. On a, en effet, trop tendance à enfermer l'administration dans le dilemme suivant : le recours pour excès de pouvoir a pour but l'annulation d'un acte, l'administration qui a pris cet acte peut soit demander son maintien, il s'agit alors de simples observations en défense, soit demander cette annulation, mais ceci est impossible, car on ne peut demander l'annulation d'un acte qu'on a pris soi-même. Il en

(45) Siedlecki, « Les demandes reconventionnelles. Etude critique et comparative », Rev. trim. dr. civ., 1937, p. 772.

(46) Kornprobst (B.), Thèse citée, p. 86.

(47) Dans ce sens, Odent, « Les droits de la défense », E.D.C.E. 1953. p. 55, notamment p. 59 C. « Le défendeur peut aussi, sans conditions de délai, présenter des conclusions reconventionnelles dirigées contre le demandeur, à la double condition que l'affaire relève du plein contentieux... »

(48) Assemblée, 1er juin 1956, Ville de Nîmes c. Pabion, R.P.D.A. 1956, p. 121.

(49) Le commissaire du gouvernement emploie d'ailleurs une autre terminologie. Il parle en effet de « recours incident en première instance ». Or, le recours incident ne s'emploie qu'en appel. En première instance il s'agit toujours de demandes reconventionnelles.

résulterait que toute demande reconventionnelle serait inconcevable en excès de pouvoir. Il suffira de citer deux exemples pour montrer combien ce raisonnement est erroné.

Si un particulier forme un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté pris par une autorité décentralisée, l'autorité centrale qui ne peut annuler l'acte, pourrait, par voie de demande reconventionnelle (50), avoir intérêt à demander l'annulation de cet acte (51).

D'autre part, si un recours pour excès de pouvoir ne vise que certains articles d'un arrêté, l'administration pourrait conclure à son annulation totale ou encore à l'annulation d'un acte connexe.

Néanmoins, dans tous les cas, le Conseil d'Etat maintient la solution d'irrecevabilité des demandes reconventionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir (52). Il refuse donc de tirer toutes les conséquences de la notion de partie, en ce qui concerne le défendeur. La demande reconventionnelle est une prérogative trop importante, le droit de l'exercer ne peut être accordé qu'aux personnes qui possèdent en plein la qualité de partie (53).

66. — *b*) *La réglementation jurisprudentielle des demandes reconventionnelles.* — Les textes offrant peu de ressources — l'article 464 du Code de procédure civile prévoit seulement la recevabilité de telles demandes en appel quand elles tendent à la compensation ou à la défense à l'action principale — la jurisprudence les a admises, reprenant une tradition datant de 1580 et de la jurisprudence du Châtelet.

Les conditions que doivent remplir les demandes reconventionnelles pour être admises varient selon le but recherché par leur auteur. Selon qu'elles ont pour fonction principale d'étendre les bornes du litige ou qu'elles sont un moyen de défense, les conditions d'admission sont plus

(50) Nous rappelons que l'administration pourrait demander cette annulation par voie de requête principale.

(51) M. Lenoan affirme avec juste raison (« La procédure devant le Conseil d'Etat », Dalloz 1954, p. 122, note 2), « Ce serait une erreur de croire que le ministre « couvre » systématiquement le service public soumis à son autorité et dont une décision fait l'objet d'un recours. Il existe des exemples où le ministre est le premier à reconnaître l'illégalité de l'acte attaqué et dont il demande, dans ses observations, la censure ». Maréchal, 28 novembre 1861, Rec. 859.

(52) 11 mars 1932, Gastu, Mercier et Société des mines du Condiat-Tagma c. Gouverneur général de l'Algérie, Rec. 304 ; 8 juin 1937, Las Cazes, 2e esp., Rec. 567.

(53) Notons ici une difficulté supplémentaire concernant l'admission des demandes reconventionnelles de l'administration devant le juge administratif. Elles sont, en règle générale, déclarées irrecevables comme portées devant une juridiction incompétente lorsqu'elles sont dirigées contre un particulier (la juridiction judiciaire était dans ce cas seule compétente). Cependant, le tribunal administratif est compétent pour statuer sur des conclusions reconventionnelles à fins de dommages et intérêts pour citation abusive. En effet, si ces conclusions devraient normalement relever de la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est par contre seule habilitée à apprécier les mérites de l'action principale : 24 octobre 1952, Combaz, S. 1953.III.11.

ou moins strictes. Mais ce qui démontre, dans l'ensemble de ces cas, la fonction extraordinaire des demandes reconventionnelles est la simplification ou, mieux, l'élimination de règles importantes de procédure en faveur du défendeur. Notamment, le préliminaire de conciliation n'a jamais été exigé — et n'est pas exigé dans les cas où il subsiste encore (54) — pour ces demandes. Il serait, en effet, trop formaliste de le requérir. Si les parties ne se sont pas conciliées sur le principal, il y a peu de chance qu'elles le fassent sur ce point dérivé. Il n'en demeure pas moins que c'est là une faveur spéciale accordée au défendeur. De même, dans la procédure administrative contentieuse, des raisons analogues doivent faire écarter la règle de la décision préalable sur les points qui sont l'objet de la demande reconventionnelle. La jurisprudence admet même, de manière générale, qu'aucune condition de délai ne doit faire obstacle à la demande reconventionnelle. La jurisprudence a été sensible aux droits de la défense. Le défendeur dont l'intérêt s'éveille à l'occasion de l'instance engagée ne peut être blâmé de ne pas avoir formé de demande reconventionnelle dans les délais. Aussi, la Haute Assemblée proclame-t-elle dans le cas où elle admet de telles demandes qu'il résulte « des règles générales de procédure... que des conclusions reconventionnelles peuvent être déposées par l'une des parties... jusqu'à la clôture de l'instruction (55) ». Elle reprend ainsi une jurisprudence qu'elle appliquait notamment en matière électorale, où un délai précis était légalement déterminé (56).

67. — 1. — *La demande reconventionnelle, forme de défense.* — Dans cette série de cas, les exigences des droits de la défense prédominent. Il est nécessaire de rétablir entre les parties un équilibre faussé par ls prérogatives du demandeur. Si bien, qu'à condition que sa demande ait pour résultat de faire rejeter en tout ou en partie les prétentions du requérant, le défendeur pourra la soumettre au juge, même si elle n'est unie par aucun lien de connexité avec la demande principale. Le cadre fixé par le demandeur ne s'impose plus alors à la partie adverse. Du moins en théorie... La nécessité pour la demande reconventionnelle de provoquer le rejet total ou partiel de la requête principale condamne encore le défendeur à subir les effets de l'introduction de l'instance par le demandeur. C'est le cas le plus général de demande reconventionnelle : défense à l'action principale. Il est reconnu de manière concordante par les jurisprudences administrative et judiciai-

(54) Req., 9 avril 1900, D.P. 1900.1.351 ; Civ., 18 décembre 1952, J.C.P. 1953.II.7593.

(55) 18 janvier 1928, Quignon, Rec. 72.

(56) 25 mars 1887, Elections de Saint-Domat. Rec. 268, concl. Valabrègue. V. égal. 6 août 1897, Elections de Chartres, 7e esp., Rec. 611 ; Elections de Bermicourt, 19 janvier 1901, 2e esp., Rec. 55.

re (57). Deux cas particuliers illustrent bien les idées exposées concernant ces demandes.

68. — D'une part, *aucune condition de connexité* n'est exigée entre la demande reconventionnelle, défense à l'action principale et la demande initiale elle-même. Ainsi, la jurisprudence des deux ordres de juridiction admet la recevabilité des demandes reconventionnelles invoquant la compensation judiciaire. Comme le note Morel (58), lorsque le défendeur est en mesure d'opposer la compensation légale, la créance du demandeur ayant été éteinte de plein droit, il s'agit d'une simple défense. Tandis que, lorsque la créance invoquée par la partie défenderesse n'est pas liquide, le défendeur peut, en formant une demande reconventionnelle, demander au tribunal de liquider sa créance, de prononcer la compensation et même de condamner le demandeur au reliquat si la créance du défendeur est supérieure à celle du demandeur. Mais aucune condition de connexité n'est exigée entre les deux dettes. Leur cause peut être différente (59). C'est ainsi qu'une ville assignée devant le Conseil de préfecture par un concessionnaire qui a cédé sa concession en restitution du cautionnement est recevable à opposer par voie de demande reconventionnelle à la créance du concessionnaire, la créance à liquider résultant du paiement par celui-ci de redevances non versées sur le montant des ventes d'énergie électrique (60).

69. — D'autre part, le lien entre la demande reconventionnelle et la demande principale apparaît bien dans le cas où il s'agit d'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts, fondée exclusivement sur le préjudice causé au défendeur par la demande principale abusivement formée : la demande reconventionnelle n'est, en effet, possible que parce qu'il y a eu une demande principale, Ainsi, une décision a admis la demande reconventionnelle en dommages-intérêts des défendeurs que le requérant a mis de mauvaise foi, dans l'obligation de se défendre devant la juridiction administrative contre des prétentions déjà rejetées par un jugement du Tribunal de commerce passé en force de chose jugée (61).

Malgré cette dernière atténuation, l'exception qui confirme la règle,

(57) En matière administrative : 6 août 1897, Elections de Chartres, 7e esp., Rec. 611 ; 19 janvier 1901, Elections de Bernicourt, 2e esp., Rec. 55. En matière civile Req., 27 novembre 1848, S. 1849.1.12 ; Civ., 7 juillet 1819, D.P. 1923.1.235.

(58) *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 358, p. 295.

(59) Civ., 8 novembre 1933, S. 1934.1.55.

(60) 4 novembre 1927, Ville d'Elbeuf, Rec. 1015; v. de même, 15 décembre 1859, Commune d'Ennery, Rec. 737 ; 5 janvier 1929, Ozenfant et Brassart, c. Ministre de la guerre, Rec. 22.

(61) 10 juin 1904, Chagnat c. l'Etat et consorts, Dampierre, Rec. 461, Section, 7 novembre 1946, Grenier et Gastu, Rec. 247. Une formulation aussi nette ne se retrouve que dans les arrêts de la Cour de cassation postérieurs à 1946, v. 6 novembre 1946, D. 1947.49.

le principe demeure selon lequel les demandes reconventionnelles, lorsqu'elles sont une défense à l'action principale, ne doivent pas être nécessairement connexes à cette dernière action. Le défendeur dispose ainsi, dans le cours du procès, de pouvoirs plus grands que le demandeur, à cet égard. Les demandes additionnelles doivent, dans tous les cas, être connexes à la demande principale. Cette même condition se retrouve pour le défendeur lorsque la fonction de défense des demandes reconventionnelles s'estompe.

70. — 2. — *La demande reconventionnelle, forme de demande additionnelle.* — Le défendeur peut saisir le prétexte de la demande principale pour joindre au procès une prétention qu'il se réservait de faire valoir contre le demandeur, mais que l'instance formée par celui-ci a réveillée. Il serait inutile d'exiger qu'il intente une action distincte. D'autre part, dans l'instance, les parties doivent bénéficier des mêmes droits. Puisqu'on accorde au demandeur le droit de former des demandes additionnelles connexes à la demande principale, il faut reconnaître la même prérogative, sous la même condition, au défendeur. La condition de connexité s'impose ici également pour éviter une extension démesurée du litige. La jurisprudence l'envisage dans le même esprit que pour les demandes additionnelles (62). Aussi, une nouvelle étude de cette notion se révèle inutile. Comme l'a justement fait remarquer M. Giverdon (63), certains arrêts de cours d'appel exigeaient en plus de la condition de connexité, en confondant les différentes formes de demandes reconventionnelles, que cette demande soit de nature à neutraliser, en tout ou partie, les effets de la demande principale (64). Mais un arrêt récent de la Cour de cassation montre clairement que cette condition n'est pas exigée (65).

La demande reconventionnelle ainsi comprise, sans être une « forme de défense », participe tout de même des droits de la défense. Elle est accordée au défendeur, en fonction de sa position de défendeur. Elle le garantit contre tout usage abusif de ses prérogatives par le requérant.

*
**

71. — L'homogénéité des solutions retenues en procédure civile et administrative, leur ressemblance dans une matière aussi technique ne peuvent manquer de frapper. Encore une fois, nous constatons cependant que si la règle est identique, son champ d'application est

(62) 17 novembre 1944, Ville d'Avallon c. Fointiat, S. 1945.III.25. Civ., 9 février 1881, D.P. 1883.1.286.

(63) *Encyclopédie Procédure Civile,* V° Demande reconventionnelle, n° 17.

(64) Metz, 27 avril 1869, D.P. 1871.11.186 ; Req., 22 novembre 1886, D.P. 1888.1.63.

(65) Comm., 6 octobre 1953, Bull. civ. 1953.III.202.

plus restreint. La théorie des demandes reconventionnelles ne s'applique pas dans le domaine de l'excès de pouvoir. On sera alors tenté de conclure que ce contentieux particulier ne peut s'adapter aux règles de la procédure civile. Cette extrapolation serait pour le moins hâtive. Nous avons souligné, en effet, que la reconnaissance de la qualité de défendeur dans le recours pour excès de pouvoir était une question de politique jurisprudentielle. Pour le moment, la jurisprudence adopte des solutions diverses selon les domaines. Nous nous trouvons là dans un de ceux où la qualité de défendeur au recours pour excès de pouvoir n'est pas reconnue (66). Les demandes reconventionnelles, attribut de la partie défenderesse, ne sont donc pas concevables. Si la qualité de défendeur au recours pour excès de pouvoir se trouvait reconnue, rien dans la technique des demandes reconventionnelles n'interdirait leur application sur ce terrain (67).

Il est, par ailleurs, remarquable de voir le Conseil d'Etat abandonner sa jurisprudence stricte sur le terrain du délai et de la décision préalable au bénéfice du défendeur. La Haute Assemblée montre ainsi clairement que les restrictions opposées aux autres demandes incidentes ne sont pas tirées de la loi ; elles sont simplement d'origine jurisprudentielle. Elles ne sont donc que plus critiquables.

72. — B. — *La demande présentée par l'intervenant.* — Partie au procès, l'intervenant se trouve cependant placé dans une situation originale. Sa position particulière donne une physionomie propre à l'intervention (68). En effet, alors que demandeur et défendeur se trouvent toujours du même côté de la barre, on peut concevoir trois positions possibles pour l'intervenant. Il peut, soit s'associer aux conclusions du demandeur, soit les combattre en appuyant celles du demandeur, soit enfin présenter des conclusions propres. Ce choix entre ces positions est fait par l'intervenant en fonction de ses intérêts. Supposons le cas d'un procès sur la propriété d'une usine litigieuse entre deux

(66) Nous avons montré que l'admission d'observations en défense n'était pas pertinente.

(67) Le Doyen Hauriou a essayé de montrer que les demandes reconventionnelles ne pouvaient exister dans le contentieux administratif (28 juin 1928, Epoux de Sigalas, S. 1928.III.113, conclusions Josse, note Hauriou) : « Nous appelons l'attention sur un principe peu connu du contentieux administratif à savoir que celui-ci n'admet pas les demandes reconventionnelles. » En effet, pour que la demande reconventionnelle soit recevable, elle doit être de la compétence du juge saisi de la demande principale. Or, c'est en général une personne publique qui est défenderesse, la personne privée étant demanderesse. La demande formée par la première contre la seconde n'est donc pas de la compétence du juge administratif. Mais, contrairement à ce que pensait Hauriou, ce cas n'épuise pas toutes les espèces de demandes reconventionnelles. Notre étude de ces demandes a montré notamment que lorsque la défense vise à obtenir la réparation du dommage causé par la demande principale, la recevabilité des demandes reconventionnelles sera proclamée.

(68) Nguyen Quoc Dinh, « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1946.389.

propriétaires. Les créanciers du premier propriétaire prétendu ont intérêt à s'associer aux conclusions présentées par lui, tandis que les créanciers du second s'associeront aux arguments de leur débiteur. Si un troisième propriétaire prétendu se présente au juge par voie d'intervention, il formera une revendication particulière de la propriété. Aussi, en fonction de ces intérêts divers, distingue-t-on classiquement trois formes d'intervention : en demande, en défense ou encore principale .

Des considérations propres à la jurisprudence administrative empêchent l'application de cette distinction dans la procédure administrative contentieuse. Les effets de l'intervention sont paralysés directement ou indirectement (69) par les exigences de délai ou de décision préalable. Aussi, si l'on peut retrouver dans les deux procédures une intervention conservatoire, l'intervention principale ne produit pas en procédure administrative contentieuse le principal de ses effets : l'extension du cadre de l'instance.

73. — *a*) L'intervention conservatoire est formée, en procédure civile, pour aider l'une des parties à triompher dans sa prétention. Mais comme on l'a justement fait remarquer (70), elle n'est pas désintéressée. Elle permet de sauvegarder des intérêts qui seraient compromis si la partie assistée perdait son procès. Ainsi, un créancier chirographaire a intérêt à intervenir lorsque son débiteur réclame un objet qui lui est dû : il préviendra ainsi toute fraude ou négligence de ce dernier. De même, une personne tenue d'une obligation de garantie aura intérêt à se joindre par voie d'intervention à une instance où justement la chose garantie se trouve en litige. L'intervenant agit donc dans le but de sauvegarder ses intérêts. Il lui suffit, par conséquent, de s'associer aux conclusions de la partie qu'il assiste. Mais, par contrecoup, il ne dispose d'aucune autonomie, le recours principal étant la raison et la mesure de son intervention. Les incidents susceptibles de l'affecter détruiront l'intervention (71). Le désistement ou l'acquiescement de partie principale empêchent l'intervention de produire ses effets. De même, sont opposables à l'intervenant les fins de non recevoir (72) ou encore, la transaction conclue entre les parties principales, à la condition qu'elle ne soit pas viciée par la fraude (73).

(69) Une décision montre que la décision préalable n'est pas exigée sur les conclusions de l'intervenant. Section, 12 juin 1936, Hitzel, Rec. 641 : « Considérant que si cette requête doit être regardée comme une intervention à l'appui des requêtes susvisées, cette intervention n'est pas recevable, lesdites requêtes étant elles-mêmes irrecevables ainsi qu'il a été dit ci-dessus ; que si elle doit être regardée comme un recours pour excès de pouvoir formé par le sieur de Groulle, celui-ci ne justifie d'aucune décision le concernant et contre laquelle serait dirigé ledit recours. »

(70) Morel, Traité précité, n° 367, p. 301.

(71) Metz. 30 juillet 1865, D.P. 1865.II.126.

(72) Civ., 24 mai 1913, D.P. 1915.1.5.

(73) Req., 22 juillet 1902, D.P. 1902.1.399.

Une intervention du même type existe dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Il s'agit de l'intervention d'une personne qui n'aurait pas eu intérêt à former un recours principal mais que le Conseil d'Etat autorise à se joindre à un tel recours si ce dernier est formé par une personne plus qualifiée. Ainsi, un syndicat ou une association ne sont pas recevables à agir contre les actes relatifs à la situation individuelle d'un de leurs membres (74). Mais ils peuvent, dans ce cas, intervenir à l'appui du recours formé contre la mesure individuelle par la personne que cette mesure atteint (75). L'admission de l'intervention dans ce cas s'explique par des considérations de politique jurisprudentielle. Le Conseil d'Etat limite strictement la recevabilité de l'action syndicale : cette limitation est l'expression de la volonté de la Haute Assemblée d'éviter la formation d'un trop grand nombre de recours. Si le recours est déjà formé par un requérant qualifié, la raison d'être de la limitation disparaît. Aussi, le Conseil d'Etat admet-il dans ce cas la recevabilité de l'intervention formée par une personne qui aurait été irrecevable à agir par voie d'action principale. Mais cette intervention ne donne aucun droit propre à l'intervenant. Il est sous le coup des irrecevabilités qui frappent la demande principale. Il ne peut faire appel de matière autonome (75 *bis*).

74. *b*) L'intervention principale existe, en procédure civile, lorsque l'intervenant, se prévalant d'un droit, forme des conclusions qui lui sont propres. Il s'agit alors d'une véritable demande incidente. Les inconvénients et les avantages de telles demandes se retrouvent. Il est utile de joindre au procès une prétention annexe. Mais, cette prétention ne doit pas retarder le jugement du procès. Aussi, l'intervenant ne doit-il pas étendre démesurément les limites de l'instance. D'une part, il ne peut conclure qu'à l'égard des parties originaires : il ne peut se servir du procédé de l'intervention pour mettre en cause d'autres parties (76). D'autre part, la demande en intervention doit se rattacher à la demande principale par un lien de connexité (77), suivant la définition donnée de ce lien pour les demandes incidentes. L'autonomie des revendications de l'intervenant principal amène une autonomie corrélative de son intervention. Les causes éteignant l'instance du fait des parties principales sont sans influence sur l'inter-

(74) 17 février 1922, Fedel, Rec. 165, R.D.P. 1922, p. 68, note Jèze ; 21 novembre 1923, Association des fonctionnaires de l'Administration centrale des P.T.T., S. 1923.III.7, conclusions Corneille.

(75) 12 juillet 1935, Association professionnelle des agents supérieurs de l'Administration centrale des Finances, S. 1935.III.103 ; 9 janvier 1942, Giauffer, Rec. 15.

(75 *bis*) Section, 8 janvier 1959, de Harenne, Rec. 24 ; v. également notre note D. 1960.J.468.

(76) Morel, Traité précité, n° 369, p. 303.

(77) Morel, Traité précité, n° 366, p. 303.

vention. L'intervenant garde le droit de « faire juger le procès à son profit (78).

L'intervention principale paraît exister de la même manière dans la procédure administrative contentieuse. Elle est admise de la part des personnes qui justifient de la condition de droit commun de la recevabilité, c'est-à-dire d'un intérêt dans le recours pour excès de pouvoir ou d'un droit dans le recours de plein contentieux (79). Cet intervenant se voit accorder une certaine autonomie. Il peut former appel du jugement rendu en première instance (80). Il est cependant un droit que le Conseil d'Etat refuse de lui reconnaître : ce qui introduit une différence capitale entre les deux procédures : celui de présenter des conclusions principales.

75. — L'intervenant ne peut pas présenter en procédure administrative contentieuse, des conclusions distinctes de celles des autres parties (81). Certes, l'intervenant peut compléter l'argumentation juridique des requérants. Il va « mettre sa connaissance du droit et son habileté juridique au service du requérant » (82). Il peut donc présenter des *moyens* nouveaux. Mais cette possibilité est limitée aux moyens qui font partie de la même cause juridique que la demande principale ou la défense (83). En tout état de cause, *l'intervenant ne peut jamais* — et ce, aussi bien dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans le plein contentieux — *étendre l'objet de l'instance.* Ainsi, un expert n'est pas recevable à intervenir dans un litige entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage sur le décompte des travaux pour obtenir les intérêts de ses honoraires non payés, car il s'agit de « conclusions distinctes de celles des parties » (84). De même, lorsque le ministre des Travaux publics a conclu à ce qu'un particulier fut condamné à l'amende et aux frais d'un procès-verbal de grande voirie, une compagnie de chemin de fer intervenante ne peut conclure à ce que des dommages-intérêts lui soient accordés (85).

(78) Morel, Traité précité, n° 369, p. 303.

(79) 15 juillet 1957, ville de Royan, R.D.P. 1957, p. 109, conclusions Lasry. L'exigence d'un droit pour intervenir en plein contentieux récemment précisée par le Conseil d'Etat peut paraître étonnante. Elle est cependant la conséquence de l'application à l'intervention de la condition de recevabilité de droit commun du recours de plein contentieux.

(80) 5 mars 1943, Compagnie générale des eaux, D.C. 1944.121, note Ch. Blaevoet, Rec. 62. Section 8 janvier 1959, de Harenne, Rec. 24.

(81) Jurisprudence absolument constante v. Ch. Debbasch, *Le problème de l'irrecevabilité des conclusions principales de l'intervenant*, note sous Section, 6 novembre 1959, veuve Pomar, D. 1960.J.468.

(82) Conclusions Grévisse sur Assemblée, 7 février 1958. Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie et autres A.J. 1958.II.130, notamment p. 132, 2e colonne.

(83) Conclusions Grévisse précitées.

(84) 18 mai 1925, Courbet, Rec. 498.

(85) 8 janvier 1856, Ministre des travaux publics, D.P. 1887.III.58 ; v. également, 19 juin 1931, Gargula et Ministre de la Marine, Rec. 670.

Toute extension de l'objet de l'instance est sanctionnée de la même manière par le Conseil d'Etat. L'intervenant ne peut demander l'annulation de décisions autres que celles qui sont attaquées par le demandeur principal (86). Lorsqu'une décision est rédigée en chefs distincts et que seulement certains de ces chefs sont attaqués, l'intervenant ne peut demander l'annulation des autres points de la décision (87). En un mot, « lorsque l'intervenant ne s'associe ni aux conclusions du demandeur, ni à celles du défendeur, l'intervention n'est pas recevable (88) ». C'est marquer ainsi la subordination totale de l'intervention à la demande principale. L'intervention dépend toujours étroitement du recours principal. Elle devient caduque lorsque l'instance a pris fin par suite du désistement des parties (89).

76. — L'intervention principale n'existe donc pas à proprement parler dans la procédure administrative contentieuse. Les motifs de cette solution particulière au contentieux administratif sont assez difficile à percevoir. Le commissaire du gouvernement, Michel Bernard, n'a-t-il pas noté qu'il faut adopter en ce domaine une solution qui « aura l'avantage de faire coïncider la jurisprudence du Conseil avec celles des tribunaux judiciaires, dans une matière où elles n'ont aucune raison de diverger. La tâche des avocats des barreaux ou avoués près les tribunaux judiciaires appelés à assister leurs clients devant les tribunaux administratifs se trouvera pas là-même facilitée (90) ». Si le Conseil d'Etat s'en tient à cette solution stricte, il ne paraît pas, à première vue, que ce soit en raison du mécanisme de la décision préalable. En effet, la décision préalable n'est pas exigée de l'intervenant (91). Mais, cette faveur accordée à l'intervenant n'en est pas une. Si l'on n'impose pas la décision préalable à l'intervenant, c'est parce qu'on ne lui permet pas de présenter de conclusions principales.

(86) 13 août 1850, Bénier, Rec. 766.

(87) L'Association nationale pour la défense de la liberté du commerce recevable à demander l'annulation du quatrième alinéa de l'article 4 du décret du 19 septembre 1951 et le maintien des dispositions des articles 2 et 3 ainsi que des alinéas 2 et 3 de l'article 4 du même décret « n'est pas recevable à demander l'annulation de l'article premier du décret du 19 septembre 1951 contre lequel aucune conclusion n'a été dirigée dans la requête susvisée » : Assemblée, 1er juin 1956, société « Approvisionnement, Livraison, Vente et Publicité », Rec., 216, A.J. 1956.II.335, conclusions Landron.

(88) Section, 19 octobre 1934, Association des usagers de l'énergie électrique de Saint-Omer, Rec. 932 ; v. de même, Section, 10 décembre 1943, Moreau et autres, Rec. 288.

(89) 9 novembre 1906, Rec. 801.

(90) Conclusions sur dame Pomar, précité R.D.P. 1960, p. 144.

(91) 12 juin 1936, Hitzel Rec. 641 : « Considérant que si cette requête doit être considérée comme une intervention à l'appui des requêtes susvisées, cette intervention n'est pas recevable, lesdites requêtes étant elles-même irrecevables ainsi qu'il a été dit ci-dessus ; que si elle doit être regardée comme un recours pour excès de pouvoir formé par le sieur de Groulle, celui-ci ne justifie d'aucune décision le concernant et contre laquelle serait dirigé ledit recours. »

L'intervenant vient appuyer la position du demandeur ou celle du défendeur. Il ne demande rien pour lui, que pourrait-il donc demander à l'administration ? C'est donc indirectement la notion de décision préalable qui empêche la recevabilité des conclusions principales de l'intervenant dans la procédure administrative contentieuse. Le Conseil d'Etat ne veut pas accorder à l'intervenant la faveur de la dispense de décision préalable sur des conclusions à propos desquelles l'administration n'a pas eu à se prononcer. Il étend donc — comme dans le domaine des demandes additionnelles — l'exigence de la décision préalable de la saisine de la juridiction à la formation de demandes incidentes. Cette jurisprudence en matière d'intervention est également, dans une certaine mesure, la conséquence de celle qui paralyse le demandeur. L'intervenant s'imbrique le plus souvent dans l'instance à un moment où le délai est expiré pour le demandeur et où ce dernier ne peut plus étendre l'objet de son recours (où il ne peut donc présenter de conclusions contre l'intervenant). Admettre qu'une personne qui n'était rien dans l'instance puisse avoir plus de droits que le demandeur est difficilement concevable.

Sur le plan de l'opportunité, la solution du Conseil d'Etat encourt les mêmes critiques que celles présentées contre la solution relative aux demandes additionnelles. L'instance est maintenue dans un cadre trop étroit. « Il est toujours fâcheux de fractionner un litige, d'aboutir à une multiplication de recours plus ou moins connexes que le juge ne parviendra pas toujours à regrouper. Le juge qui n'a à connaître que d'une partie des faits, en présence de certains seulement des intéressés, risque d'être mal éclairé, de rendre une décision qu'il sera obligé de rétracter sur tierce opposition ou qui constituera un précédent gênant lors de l'examen d'affaires connexes. » (92)

77. — L'intervention souffre en procédure administrative contentieuse, comme toutes les autres demandes incidentes, de la rigidité avec laquelle le juge administratif considère les éléments de l'instance. Il ne faut pas s'y tromper. La Haute Assemblée ne cherche pas à renforcer les pouvoirs du demandeur. Nous nous trouvons là, semble-t-il, devant l'un des derniers obstacles que la jurisprudence oppose aux recours juridictionnels. Il y a là, sous-jacente, l'idée que, processuellement, le recours contentieux doit rester quelque chose d'exceptionnel. Aussi, les jonctions de recours, les extensions de conclusions sont-elles regardées avec méfiance. Le nombre des recours amène parfois le juge à accentuer ce formalisme. Nul ne conteste que l'arrêt Vasnier du 8 juin 1953 exigeant que le mémoire ampliatif soit déposé dans les délais du recours contentieux, soit une intervention intentionnelle du Conseil d'Etat pour limiter le flot des recours. Ces limitations fixent l'instance principale d'une manière outrancière. Dès l'expiration du délai de recours, tout se passe comme

(92) Conclusions M. Bernard précitées.

si l'on se trouvait au stade d'appel. Les éléments du litige sont tous déterminés.

## Sous-Section II

### Pouvoirs respectifs du demandeur et des autres parties dans les instances dérivées.

78. — La solution adoptée par la jurisprudence administrative dans l'instance principale après l'expiration des délais n'est critiquable que parce qu'elle « fige » l'instance trop tôt. Mais, dès que l'instance principale s'achève, lorsque le jugement est rendu, le cadre de l'instance est cristallisé. Les instances qui peuvent alors s'ouvrir ne seront que des instances dérivées. Elles n'existeront que parce que l'instance principale a été. Elles seront sous la dépendance de cette dernière. Appel et cassation permettent aux parties de faire rejuger l'affaire. Mais, le demandeur ne bénéficie plus dans ces nouvelles phases de l'instance de ses prérogatives traditionnelles. S'il a bien l'initiative du prolongement de l'instance, il ne peut en fixer le cadre librement. Les limites de l'instance principale s'imposent à lui, même s'il était le défendeur dans cette première phase du procès. L'appel ou la cassation sont, en effet, des moyens de corriger le mal-jugé. Si l'on veut obtenir un contrôle efficace de la décision de première instance, les juges des instances dérivées doivent être saisis du même litige que les premiers juges. L'immutabilité du litige joue donc un rôle plus important dans ces instances que dans l'instance principale.

79. — Il semble que, dans les deux procédures, on doive alors retrouver les mêmes règles. Si le juge administratif garde à l'instance la rigidité qu'il lui a déjà imposé dans la première phase du déroulement du procès, si le juge civil, eu égard au but des instances dérivées, use de la même sévérité, les deux procédures se rencontreront. Ceci est conforme à la logique des choses. On constatera cependant que cela n'est pourtant pas toujours conforme au droit positif. Le juge civil est moins sévère qu'il devrait l'être en pure logique. Quant au juge administratif, sa sévérité s'accroît dans les instances dérivées.

80. — L'instance principale s'achève lorsque le jugement est rendu. Des voies de recours, appel ou cassation, permettent aux parties de faire rejuger l'affaire. Ce n'est pas, cependant, une nouvelle instance qui s'ouvre : le demandeur n'y bénéficie plus de ses prérogatives traditionnelles. S'il a bien l'initiative de l'instance, il ne peut en fixer le cadre librement. Les limites de l'instance principale s'imposent à lui, même s'il était le défendeur de première instance.

Les notions de demandeur et de défendeur ont donc moins d'importance que dans cette instance.

D'autre part, la cristallisation de l'instance dérivée dans les limites de l'instance principale est plus importante que la fixation de cette dernière par la demande introductive d'instance. L'appel ou la cassation sont, en effet, des moyens de corriger le mal-jugé. Si l'on veut obtenir un contrôle efficace de la décision de première instance, il faut que les juges des instances dérivées soient saisis du même litige que les premiers juges. L'immutabilité du litige joue donc un rôle plus important dans ces instances que dans l'instance principale. La nature des voies de recours, leur place dans le temps, renforcent l'immutabilité dans l'instance dérivée en cassation.

### § I. — Pouvoirs respectifs des parties dans l'instance dérivée en appel.

81. — Le demandeur de première instance peut, ayant obtenu satisfaction sur la totalité de l'objet du procès ou seulement en partie, ne pas vouloir que le procès se prolonge en appel. Sa volonté n'est cependant pas prise en considération. Le défendeur peut former appel *proprio motu*. En outre, la qualité de demandeur ne permet pas de fixer le cadre de l'instance. La partie adverse peut saisir le juge d'un recours incident (93). Cependant, dans ce cas, aussi bien le demandeur principal que le défendeur ayant formé le recours incident, sont tenus de limiter leur requête à ce qui a été demandé en première instance (94). S'ils veulent s'évader du cadre de première instance, la théorie des demandes nouvelles vient les en empêcher.

82. — 1° *Les pouvoirs du demandeur en appel et le recours incident.* — Les pouvoirs du demandeur en appel sont limités par le cadre de l'instance principale. La recevabilité de l'appel même dépend de la qualité de l'appelant dans l'instance principale. Il faut qu'il y ait été partie (95. La Haute Assemblée a précisé, dans une décision Baumann, du 7 novembre 1924 (96), qu'en vertu des principes généraux de la procédure, « le droit de demander la réformation des décisions de justice n'est ouvert qu'à ceux qui ont été en cause dans l'instance sur laquelle a statué la décision qu'ils critiquent ».

83. — L'appelant peut avoir intérêt à ne remettre en cause qu'une partie du jugement intervenu. La jurisprudence admet dans ce cas la

(93) Guillot et Meurisse, « Les limites de l'appel incident », J.C.P. 1954.1.1161.

(94) V. cependant l'étude des demandes nouvelles.

(95) Civ., 31 décembre 1900, S. 1901.1.401 ; v. égal. Req., 26 juin 1849. D.P. 1849.1.190. V. en matière administrative : 5 mai 1920, Salmon, Rec. 447 ; 20 janvier 1922, Gouverneur général de l'Indochine. Rec. 50; 7 novembre 1924, Baumann et autres, Rec. 862 ; 6 février 1930, Ville de Châteauroux, Rec. 140.

(96) Baumann et autres, précités.

recevabilité de l'*appel incident*. L'appel incident est formé par une partie qui n'avait pas saisi le juge d'un appel principal et lorsque ce dernier a déjà été intenté. Il permet aux parties autres que l'appelant d'éviter que seuls les points qui leur sont favorables soient réformés par les juges du second degré. Il rétablit ainsi un équilibre entre les parties. Un critère purement procédural permet de distinguer l'appel principal de l'appel incident. Ce dernier vise un jugement *déjà déféré* à la juridiction d'appel par l'autre partie (97).

Comme il a pour but de rétablir entre les parties un équilibre faussé par le pouvoir qu'a l'appelant de limiter l'instance d'appel à certains des points du jugement de première instance — en ce sens il se rapproche des demandes reconventionnelles — l'appel incident est recevable sans qu'aucune condition de *délai* ne soit imposée. Comme l'a remarqué la Cour de cassation, « l'article 443 du Code de procédure civile autorise l'intimé à interjeter incidemment appel en tout état de cause ; que cette disposition est générale et absolue, sans aucune distinction ni exception, et a essentiellement pour objet de rétablir l'équilibre des droits et prétentions respectifs des parties... » (98). Alors que l'appel principal ne peut être formé que dans un délai limité à partir de la signification du jugement de première instance, l'article 445 du Code de procédure civile prévoit qu'aucun délai n'est exigé en ce qui concerne l'appel incident. La jurisprudence administrative a hésité avant de consacrer cette solution, car aucun texte ne prévoit en cette matière l'appel incident. Si le Conseil d'Etat avait admis, pour des motifs d'équité, la possibilité de l'appel incident, il se refusait au début du XIX^e^ siècle à admettre qu'il puisse être formé sans condition de délai (99). Mais, il s'est vite aligné à la solution retenue par le Code de procédure civile. Le 9 février 1850 (100), il admet que le recours incident puisse être formé en tout état de cause. Il en résulte désormais que les conclusions d'un recours principal, qui seraient irrecevables par suite de l'expiration du délai d'appel, pourront être reprises, par voie de recours incident, à l'occasion d'un recours principal formé par l'autre partie (101).

(97) Colmar, 20 février 1820, Jurisprudence générale, V° appel incident, n° 4, 25 février 1887, Foy, S. 1888.III.61.

(98) Civ., 11 décembre 1918, D.P. 1919.1.16.

(99) 16 avril 1823, Perrat et Deplaces c. Administration des Ponts et Chaussées, Rec. 349.

(100) 9 février 1850, Carnot c. Commune de Nolay, Rec. 138. Dans le même sens, v. 25 février 1887, Foy, S. 1888.III.61, 21 novembre 1891, Vachon, Rec. 696.

(101) 1^er^ juillet 1931, Ministre des travaux publics c. Estrade, Rec. 714. Lorsque l'opposition était possible pour les décisions rendues en première instance, le Conseil d'Etat (21 juin 1866, Champy, Rec. 711) avait disposé qu'une partie contre laquelle un arrêté du Conseil de préfecture avait été rendu par défaut — qui, par conséquent, ne serait pas recevable à l'attaquer au Conseil d'Etat par un recours principal tant qu'elle pourrait y former opposition — était recevable si elle était appelée devant le Conseil d'Etat par un recours principal du demandeur contre cet arrêté, à y former un recours incident.

La jurisprudence administrative n'admet cependant toujours pas que les formes d'introduction de l'appel soient simplifiées pour l'appelant incident. En matière civile, la loi ne précisant pas les formes selon lesquelles l'appel incident doit être formé, la jurisprudence a admis qu'il pouvait être présenté dans de simples conclusions à l'audience, ou par un acte d'avoué à avoué (102. La jurisprudence administrative maintient au contraire qu'il est soumis en principe aux mêmes règles de forme que l'appel principal. Ainsi, il doit être introduit par ministère d'avocat dans l'hypothèse où cette forme serait exigée pour un recours principal (103).

L'appel incident se caractérise donc par deux traits. Il est formé par une personne qui ne se serait pas, sans doute, pourvue contre le jugement de première instance, si son adversaire s'était également abstenu. Elle saisit donc l'occasion de l'appel principal pour remettre en cause la solution intervenue : il est donc normal que l'appel incident dépende du recours principal. D'autre part, il est indéniable qu'il constitue une prérogative pour celui qui le forme. Aussi, la question se pose-t-elle de savoir s'il est recevable dans tous les contentieux et en particulier dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir.

84. — A. *Champ d'application de l'appel incident.* — Le commissaire du gouvernement Letourneur, dans des conclusions présentées sur l'affaire « Caisse primaire de Sécurité sociale de Grenoble », du 24 octobre 1952 (104), s'est demandé si le recours incident était possible dans un recours pour excès de pouvoir. Il a été amené à rejeter l'idée de son admission dans ce contentieux pour les trois raisons suivantes. D'une part, il n'y a pas de parties dans le recours pour excès de pouvoir. D'autre part, l'idée d'acquiescement conditionnel (si la partie adverse ne forme pas appel principal) sur laquelle repose le recours incident est incompatible avec la notion d'excès de pouvoir. Enfin, le recours incident peut être introduit en tout état de cause, or, le sort des actes administratifs doit être rapidement réglé.

Cette argumentation brillamment présentée ne correspond plus aujourd'hui au droit positif. Il est vrai qu'elle pouvait encourir plusieurs critiques. Il n'existe pas de parties dans le recours pour excès de pouvoir. Peut-être, en 1952, date à laquelle ont été présentées les conclusions, cette affirmation était-elle entièrement exacte ? Mais, depuis, la jurisprudence consacre dans certains cas la qualité de partie. Elle le fait généralement dans les matières où cela n'est pas une prérogative abusive. Ainsi, elle n'admet pas encore que le « défendeur » au recours pour excès de pouvoir puisse présenter des demandes

(102) Civ., 18 janvier 1887, D.P. 1887.1.278 ; Civ., 14 juin 1904, D.P. 1904.1.263.

(103) 21 juin 1895, Société philomatique, Rec. 506 ; 23 décembre 1936, Savi, 2e esp., Rec. 1146.

(104) Section, 24 octobre 1952, Caisse primaire de Sécurité Sociale de Grenoble, R.D.P. 1952, p. 1044, note Waline, conclusions M. Letourneur.

reconventionnelles, parce qu'il étendrait ainsi les limites de l'instance principale. Mais l'appel incident a comme seul but de faire coïncider le cadre de l'instance dérivée en appel avec celui de l'instance principale.

L'idée d'acquiescement conditionnel est exacte mais elle est une image et non pas une notion juridique. Lorsqu'une partie n'use pas des voies de recours, le jugement est exécutoire non pas en vertu d'un prétendu acquiescement conditionnel, mais parce qu'il est assorti de l'autorité de la chose jugée.

Enfin, il n'est pas certain que l'appel incident retarde le jugement d'un acte administratif. Puisqu'il s'introduit au cours d'une instance pendante, sur des points qui ont été déjà jugés en première instance et qui ont, par conséquent, fait l'objet d'une instruction, il ne peut valablement différer la solution du litige.

La jurisprudence récente du Conseil d'Etat se prononce pour la recevabilité de l'appel incident en excès de pouvoir. Une décision du 17 janvier 1958, Raguenet en fait clairement application, transposant des règles du plein contentieux « que, par suite, la circonstance que le recours incident ait été formé hors délai n'est pas de nature à l'entacher d'irrecevabilité... (105) ». Rappelant la position de M. Letourneur, le commissaire du gouvernement Braibant a noté (106) que « cette position qui a la logique pour elle, n'a pas résisté aux exigences de la pratique. Dès lors que les juges du premier ressort sont juges de droit commun même en excès de pouvoir et qu'ils sont fréquemment amenés, tout comme le Conseil d'Etat, à procéder à des annulations partielles, il peut fort bien arriver que leurs jugements ne donnent pleine satisfaction ni au requérant, ni à l'administration et que l'une et l'autre aient intérêt à en demander l'annulation (107).

85. — Comme en procédure civile, où l'appel incident est admis en règle générale, la jurisprudence administrative en reconnaît donc à présent la recevabilité aussi bien dans le plein contentieux que dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Il faut cependant noter que, dans une matière qui se rapproche du contentieux pénal, celle des contraventions de grande voirie, le juge administratif n'a jamais

(105) 17 janvier 1958, Raguenet, Rec. 32, R.P.D.A. 1958, p. 41, conclusions Guldner.

(106) Conclusions Braibant sur 12 décembre 1958, 2 espèces, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. Société des Ateliers de Wagons de Brignoud, et Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. Société immobilière des Cités-Jardins de Brignoud.

(107) Il faut rappeler que comme pour tous les recours, l'Administration ne peut agir que si elle ne dispose pas d'un pouvoir suffisant, v. Section, 4 février 1955, Marcotte, Rec. 70.

admis la recevabilité de l'appel incident (108). Il s'inspirait de la jurisprudence pénale de la Cour de cassation qui avait tiré des articles 174 et 203 du Code d'instruction criminelle, une prohibition de l'appel incident en matière de simple police et en matière correctionnelle. Mais, comme le remarque justement M. de Font-Réaulx (109) « ce faible argument d'analogie a perdu aujourd'hui tout fondement depuis la loi du 22 avril 1925 qui, en donnant une rédaction nouvelle aux articles 174 et 203 du Code d'instruction criminelle, a expressément permis l'appel incident en matière de simple police et en matière correctionnelle ». Quoi qu'il en soit, cette exception à la recevabilité du recours incident est de peu d'importance dans l'ensemble du contentieux administratif.

86. — B. *L'appel incident dépend de l'appel principal.* — Tout repose, en la matière, sur l'idée que s'il n'y avait pas eu de recours principal, aucun recours incident n'aurait été formé. Il est donc normal que l'appel incident dépende de l'existence de l'appel principal. On comprend en revanche moins bien que l'appel incident puisse dépendre du cadre fixé par l'appelant principal. Puisque le litige que l'appel tend à remettre en cause est celui délimité dans l'instance principale et que l'appel incident a justement pour but d'étendre jusqu'au cadre défini par cette instance, il est difficile d'imaginer que l'appelant incident soit obligé dans une mesure plus ou moins grande par la fixation de l'appelant principal. On verra cependant que cette solution est retenue par la jurisprudence administative.

87. — a) *L'appel incident dépend de l'existence de l'appel principal.* — Tel qu'il se présente au juge, l'appel incident est greffé sur l'appel principal. Donc, si ce dernier appel disparaît, l'appel incident devrait également disparaître. Cependant, si l'appel incident a été formé dans les délais, il serait inéquitable de le faire également dépendre du recours principal.

88. — 1) *L'irrecevabilité de l'appel principal et le sort de l'appel incident.* — La jurisprudence *administrative* a adopté une solution nuancée. La recevabilité du recours incident dépend de la recevabilité du recours principal (110). Il n'en est toutefois ainsi que si le recours

(108) 19 janvier 1906, Min. des travaux publics c. Caheux, S. 1908.III.23 ; Section, 9 novembre 1932, Préfet d'Ille-et-Vilaine c. Laraque, Rec. 946 ; Section, 5 avril 1957. Ministre des Travaux publics c. sieurs Carthelax et Cico Lazo, Rec. 247. La solution est à présent tout à fait générale, autrefois, comme l'a noté M. DE FONT RÉAULX (*Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, p. 344), la jurisprudence très irrationnellement admettait le pourvoi du contrevenant mais non celui du ministre.

(109) Thèse citée, p. 345.

(110) 26 août 1842, Commune de Revel c. Héritiers de Puyvert, Rec. 424 ; 21 juin 1851, Département du Pas-de-Calais, Rec. 459 ; 16 juillet 1880, Solet, Rec. 671 ; 19 juillet 1907, Ministre des Travaux publics c. Pinchaud père et fils, Rec. 705 ; 26 juin 1929, Barnier, Rec. 632 ; 9 novembre 1932, Préfet d'Ille-et-Vilaine, Rec. 946 ; 4 mai 1956, Ville de Chartres, Tables, Rec. 736.

incident a été formé après l'expiration du délai d'appel (111). Dans ce cas, en effet, l'appelant incident a bénéficié, pour former son recours, d'une faculté que la jurisprudence lui reconnaît seulement parce qu'un recours principal est déjà pendant. Il est donc normal qu'on le soumette à la condition de recevabilité de l'appel principal. Si, au contraire, l'appel incident a été formé dans les délais, il aurait pu être considéré comme un appel principal, si celui-ci n'avait pas été formé.

En matière *civile*, les hésitations sont plus grandes. Doctrine et jurisprudence ont, en effet, cherché une solution radicale qui admette ou rejette la recevabilité de l'appel incident, lorsque l'appel principal est irrecevable. La Cour de cassation s'est prononcée pour la deuxième solution par un arrêt de la Chambre civile du 16 juin 1942 (102) « l'appel incident n'est possible que si le juge d'appel est saisi du fond du litige en vertu de l'effet dévolutif d'un appel valable ; qu'en l'espèce, l'appel principal étant considéré comme inexistant, faute par l'appelant d'avoir rempli une formalité substantielle, l'intimée ne pouvait y appuyer valablement son appel incident ». Cette solution paraît trop absolue. On ne peut rejeter l'appel incident s'il a été formé dans les délais où un appel principal aurait été possible. Aussi, certaines Cours d'appel (113) se sont-elles réfugiées dans la solution inverse, malgré la position de la Cour de cassation. Elles admettent que le recours subsiste dans tous les cas malgré l'irrecevabilité de l'appel principal. Cette solution n'est pas plus exacte que celle de la Cour suprême, car on ne peut prétendre, comme le fait par exemple la Cour de Poitiers, que « l'appel principal et l'appel incident sont deux appels indépendants qui sont en rapport, non de supériorité, mais de succession de temps ». L'appel incident est lié à l'appel principal, non seulement par une succession de temps mais par une liaison interne et procédurale. Il ne se serait pas produit, en général, si l'appel principal n'avait pas été formé et, d'autre part, il voit ses formes allégées parce qu'il se rattache procéduralement à un recours qui doit être jugé. Si ce recours ne peut être jugé parce qu'il est irrecevable, il est normal que l'appel incident ne puisse être envisagé.

La Cour de Paris vient, en adoptant un moyen terme, de se rallier à la solution de la jurisprudence administrative que nous avons approu-

(111) 16 avril 1863, Guibert. Rec. 375 ; 26 février 1875, Commune d'Hautmont c. Baille, Rec. 206 ; 18 décembre 1896, Elections de Sennerières, Rec. 592 ; 4 mai 1956, Ville de Chartres, Tables, Rec. 736.

(112) Civ., 16 juin 1942, D.C. 1944.49, note Cézar-Bru ; Sec., 10 juin 1943, même référence, v. également dans le même sens. Civ., 25 novembre 1935, S. 1936.1.129, note Béquignon-Lagarde ; Civ., 12 juillet 1955, J.C.P. 1955.IV, éd., Avoués obs. Madray, n° 2614 maintient malgré les apparences cette solution.

(113) V. par ex., Poitiers, 7 février 1951, D. 1951.J.261.

vée sans réserves. Elle a admis, par un arrêt du 8 juin 1954 (114) que « conformément à l'opinion dominante en doctrine, il n'y a donc pas lieu de ne pas le tenir (l'appel incident) pour irrecevable, nonobstant l'irrecevabilité de l'appel principal à la seule condition qu'il ait été formé dans le délai où un appel principal eût été lui-même possible ». Elle reprend ainsi une opinion que M. Tissier (115) avait vigoureusement défendue et que Morel (116) approuve dans son traité. Il paraît souhaitable que la Cour de cassation s'oriente dans la voie qui lui a été tracée par la Cour de Paris.

89. — 2) *Le désistement de l'appelant principal et le sort de l'appel incident.* — On peut faire dépendre le recours incident de la recevabilité de l'appel principal, car l'irrecevabilité de celui-ci, sauf le cas de fraude prouvée, ne procède pas d'un acte volontaire de l'appelant principal. Le désistement est, au contraire, un acte volontaire. Si un appel principal est formé, l'appelant ne doit pas pouvoir, par un acte unilatéral, empêcher l'appel incident d'être jugé. Si l'intimé a déjà interjeté l'appel incident, le désistement de l'appelant principal ne peut avoir de valeur qu'autant qu'il l'a accepté (117). Le désistement de l'appel principal survenu avant l'introduction du recours incident. ne peut même pas rendre ce dernier irrecevable s'il n'a pas été accepté (118). Il s'agit, en effet, de faire respecter le principe du double degré de juridiction. On ne peut concevoir que l'initiative unilatérale de l'appelant passe outre à ce principe.

L'acte unilatéral de l'appelant incident, sous la forme d'acquiescement, a une toute autre signification. L'appelant incident peut avoir exécuté le jugement dès qu'il a été prononcé. Si un appel principal survient par la suite, peut-on opposer à la recevabilité du recours incident un prétendu acquiescement ? L'article 443 du Code de procédure civile — dont les dispositions ont été reprises par la loi du

(114) Paris, 8 juin 1954, D. 1954.J.556. Le professeur Solus maintient encore l'opinion absolue de la Cour de cassation (Solus H., *Cours de droit judiciaire privé*, 1957-58, p. 747) « ... si l'appel principal est annulé, spécialement pour vice de forme, alors l'appel incident ne repose plus sur rien, le lien juridique d'instance né de l'appel principal est lui-même anéanti, par application d'une disposition légale. Dès lors, l'appel incident s'écroule, puisque l'appel principal qui était son support vient lui-même à disparaître. »

(115) Note au S. 1908.II.57.

(116) Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e édit., p. 498, n° 643, « Lorsque l'appel incident émane d'une partie qui avait acquiescé au jugement ou qui n'était plus dans les délais de l'appel, il dépend de l'appel principal et ne subsiste que dans la mesure où ce dernier est valable. Il en est autrement lorsque l'appel incident a été formé par une partie qui était encore dans le délai pour interjeter appel et qui n'avait pas accepté le jugement.

(117) Civ., 30 mars 1925, S. 1926.I.69 ; 12 mai 1853, Soudino, S. 1854.II.155 ; 3 décembre 1880, Sociétés des mines de Portes et Sénéchas, S. 1882.III.19 ; 5 décembre 1929, dame Baudens, Rec. 1071.

(118) 16 mars 1850, Teouin, S. 1850.II.355 ; Civ., 16 août 1865, D.P. 1870.II.53 ; Civ., 20 février 1907, S. 1907.I.263.

23 mai 1942, dans l'article 445, dernier alinéa — prévoyait que la signification sous réserve d'un jugement ne rendait pas l'appel ultérieur irrecevable. La jurisprudence civile a étendu la solution qu'il donnait, à toutes les formes d'exécution d'un jugement (119). Le Conseil d'Etat s'est engagé résolument dans la même voie par une décision Richard (120) du 31 mai 1848 qui fait expressément référence dans ses visas à l'article 443 du Code de procédure civile. Comme la jurisprudence civile, il admet que l'acquiescement qui aurait pu résulter de ce fait que l'une des parties aurait reçu sous réserves le montant des sommes allouées par l'arrêté attaqué, se trouve non avenu par la suite du pourvoi principal que formerait ultérieurement l'autre partie (121). L'acquiescement contient, en effet, dans ces cas une condition implicite : celle que la partie adverse ne forme pas pourvoi principal. Si l'on avait admis la solution inverse, on aurait créé un déséquilibre peu justifiable entre les parties. Lorsque l'acquiescement intervient après l'appel principal, l'intimé l'ayant fait en connaissance de cause, il sera naturellement efficace.

90. — En conclusion, l'étude de la jurisprudence montre que la procédure civile et la procédure administrative contentieuse répondent de la même manière au problème de l'existence de l'appel principal. L'appel incident dépend de l'existence de l'appel principal dans la mesure où l'intimé se prévaut des règles dérogatoires au droit commun du premier recours. Mais, cette liaison n'existe que si les facteurs qui atteignent le recours principal sont indépendants de la volonté de la partie qui l'a formé. Dès que ce recours apparaît, mis en cause par une manœuvre frauduleuse ou un acte volontaire de l'appelant principal, la jurisprudence ne tient pas compte de ces faits et donne tous ses effets au recours incident.

91. — b) *Les pouvoirs de l'appelant incident doivent lui permettre d'étendre le cadre de l'appel principal.* — Nul ne conteste que par son recours l'appelant principal puisse remettre en cause l'ensemble des points du *jugement* attaqué qui lui sont préjudiciables. Nul ne conteste non plus qu'il peut ne remettre en cause qu'une partie de la décision visée. Si l'on veut donc rétablir un équilibre entre les parties, il faut accorder à l'intimé la possibilité de remettre en cause, non seulement des points voisins de ceux que l'appelant principal conteste, mais sans aucune distinction, tous les chefs du jugement qui lui préjudicient. Au contraire, la possibilité pour l'appelant de délimiter les parties qu'il met en cause dans l'instance dérivée en appel peut, *a priori*, être moins atteinte par la possibilité pour l'intimé de

(119) Req., 21 juillet 1857, D.P. 1857.I.444.
(120) 31 mai 1848, Richard, S. 1848.II.640.
(121) 16 avril 1851, Brouilliet, Rec. 281 ; v. dans le même sens, 21 juin 1878, Département du Rhône, S. 1880.II.88 ; 2 février 1887, Foy, S. 1888.LLL.61.

former un recours incident. Seules les personnes visées par l'appelant ont, en principe, besoin de se défendre et il leur est seulement nécessaire de le faire contre cet appelant principal.

1. — *L'appelant incident devrait pouvoir remettre en cause tous les chefs du jugement de première instance.*

92. — *En procédure civile*, l'appel incident « a essentiellement pour objet de rétablir l'équilibre dans les droits et prétentions respectifs des parties », par conséquent, l'intimé peut « interjeter incidemment appel des chefs distincts et indépendants de ceux dont il y a appel principal comme de ceux qui dépendent de cet appel ou qui y sont connexes » (122). La jurisprudence civile, tout en dégageant le but exact du recours incident : rétablir l'équilibre entre les parties, en tire clairement les conséquences. L'appelant incident dispose dans son recours des mêmes prérogatives que l'appelant principal.

93. — *Dans la procédure administrative contentieuse*, le Conseil d'Etat a adopté un principe rigoureusement inverse de celui retenu en matière civile. Il admet le principe de la divisibilité des chefs d'un jugement. Lorsqu'un tel jugement contient plusieurs chefs distincts et non connexes et qu'une partie appelle seulement sur un ou plusieurs de ces chefs, la Haute Assemblée a décidé que la partie adverse ne peut former un pourvoi incident après l'expiration du délai de l'appel, sur des chefs non compris dans la requête de l'appelant principal (123). Dans chaque cas, le Conseil d'Etat se demande si l'appel incident « porte sur *le même litige* que l'appel principal ».

Que l'on ne s'y méprenne pas, cette expression ne veut pas dire qu'il doit s'agir du litige jugé en première instance et non pas d'un autre jugement (124). Elle signifie tout simplement que la jurisprudence administrative considère que le recours de l'appelant trace et

(122) Civ., 11 décembre 1918, D.P. 1919.1.16 ; on retrouve la même formule dans Civ., 22 mars 1826, Bull. civ., 1826, T. 28, n° 36, pp. 128-129. Merlin affirme à propos de ce dernier arrêt (Rec. alphabétique des questions de droit, 4e édit., T. 2, V° Appel incident, § 7, pp. 125-126), « Il n'est pas douteux que cet arrêt et ceux qui l'ont précédé dans le même sens (13 janvier, 16 juin, 18 juillet, 1er décembre 1824, Bull. civ., 1924, T. 26, n° 86, pp. 309-312) ne doivent fixer invariablement la jurisprudence sur cette question. Qu'importe, en effet, que les chefs distincts d'un jugement soient à certains égards censés former autant de jugements séparés. »

(123) 3 juillet 1861, Dutly, Rec. 580.

(124) Cette condition existe également en procédure civile et administrative : le recours incident n'est pas possible contre les dispositions d'un jugement autre que celui attaqué par l'appelant principal, v. en procédure administrative, 8 juillet 1887, d'Estampes, D.P. 1888.V.119 ; 18 mai 1906, Commune d'Aumale, Rec. 446 ; 29 novembre 1911, Alaurent, Rec. 1116 ou pour une décision autre que celle faisant l'objet de l'appel principal 19 janvier 1951, Ville de Menton c. demoiselle Valentin, Rec. 35. En procédure civile, Civ., 11 décembre 1918, S. 1920.1.166.

fixe le cadre de l'instance dérivée en appel (125). Par conséquent, l'appelant incident ne peut donner à cette instance un objet plus étendu. Si cette solution est certaine et incontestée, elle est appliquée différemment suivant les contentieux et la jurisprudence hésite quant à ses applications pratiques : la notion d'objet est plus ou moins largement entendue.

-- Dans le *plein contentieux*, les solutions retenues procèdent d'exigences contradictoires... D'une part, la jurisprudence requiert toujours que l'appel incident porte sur le même litige que l'appel principal. Ainsi, des « conclusions qui sont étrangères aux fins de la requête principale » ne peuvent faire l'objet d'un recours incident et sont irrecevables (126) dans le cas où le conseil de préfecture statue par un même arrêté sur les demandes formées par un contribuable en réduction de côtes afférentes à plusieurs années, le recours formé par ce contribuable contre la disposition relative à une année n'autorise pas l'administration à former un recours incident contre la disposition relative à une autre année (127) ; il en est de même dans le cas où le recours principal est afférent à une imposition et le recours incident à une autre (128). Mais, on trouve d'autres décisions qui expriment une position contraire. Ainsi, le 4 mai 1900, dans une affaire Collignon (129), la Haute Assemblée affirme « la circonstance que le recours incident est dirigé contre une disposition de l'arrêté susvisé qui n'a pas été attaquée par la requête n'est pas de nature à rendre ce recours irrecevable ». Mais de telles décisions sont isolées.

Par ailleurs, la jurisprudence considère, selon la remarque du commissaire du gouvernement Braibant, « qu'un jugement constitue comme une équation financière, qu'il crée entre les parties un équilibre et que, si l'une des parties cherche à rompre cet équilibre, l'autre

(125) S'il ne dépasse pas bien entendu le cadre de l'instance principale, v. sur ce point la théorie des demandes nouvelles.

(126) 4 juin 1897, Lefort, Rec. 453.

(127) 5 février 1875, Labarde, D.P. 1875.III.103 ; 24 octobre 1938, Ministre des Finances c. Carlhian, Tables, Rec. 1080 ; 4 décembre 1931, Ministre des Finances c. X., Rec. 1074.

(128) 1er août 1906, Ministre des Finances c. Compagnie des chemins de fer de l'Est, Rec. 724 : une compagnie de chemin de fer ne peut pas, à l'occasion d'un recours principal du Ministre afférent à son imposition au droit fixe de patente, former un recours incident dirigé contre des dispositions du même arrêté qui ont statué sur sa contribution foncière et le droit proportionnel portés au rôle de la même commune. V. également, 27 décembre 1901, Macabéo, Rec. 927; 27 juillet 1904, Ministre des Finances c. Naudin, Rec. 624 ; 19 janvier 1906, Ministre des Travaux publics c. sieur Cacheux, Rec. 57 : un particulier est condamné à une réparation pour dommage causé à un chemin de fer en première instance, lorsque le ministre attaque par voie de recours principal la partie d'un arrêté qui est relative à des réparations de dommages causés par un particulier celui-ci n'est pas recevable à demander par la voie du recours incident décharge des condamnations prononcées contre lui alors que le recours principal ne remet en cause qu'une autre partie de l'arrêté.

(129) 4 mai 1900, Collignon, Rec. 316.

partie peut, à son tour, le mettre en question » (130). C'est là l'idée de la jurisprudence civile et M. Braibant n'a pas manqué de le faire ressortir devant le Conseil d'Etat, arrêts de la Cour de cassation à l'appui. Mais il n'a pas souligné, et ceci est pourtant fondamental, que si cette idée dicte certaines décisions au Conseil d'Etat, celui-ci n'arrive jamais à la solution de la Cour de cassation. Il permet seulement à l'appelant incident de relever appel de chefs très voisins, nous n'osons pas dire connexes, de ceux de l'appel principal. Il donne une interprétation très large de l'objet du litige déterminé par l'appelant principal et cela lui permet de faire rentrer dans l'appel principal les chefs visés par l'intimé. Par une fiction juridique, le Conseil d'Etat arrive à admettre que l'appelant incident s'écarte du débat déterminé par le requérant principal. Ainsi, lorsque sur le recours formé par l'une des parties, le Conseil d'Etat est saisi, après renvoi de l'autorité judiciaire, d'une demande d'interprétation d'un traité de concession, la partie adverse est recevable à former un recours incident pour faire interpréter sur un autre point ce traité. Mais pour admettre ceci, la Haute Assemblée pose que les recours des deux parties tendent également à faire déterminer l'étendue des droits que leur a conféré le traité (131). De même, si l'appel principal formé par une compagnie de chemins de fer pour dommages, concerne uniquement la question des dépens et frais d'expertise, l'intimé peut, par voie d'appel incident, demander au Conseil le rehaussement des indemnités allouées par le conseil de préfecture (132).

Tout en adoptant la même technique : l'extension de l'objet du recours principal, la Haute Assemblée se montre de plus en plus libérale. Une décision de section du 3 octobre 1958, Société des autocars garonnais (133) illustre bien cette tendance. Le tribunal administratif de Bordeaux, après avoir reconnu l'absence de titre de la Société des autocars garonnais pour occuper une portion du domaine public, avait refusé de faire droit aux conclusions de la S.N.C.F. demandant l'expulsion de l'occupant sans aucun délai pour vider les lieux. La Société des autocars relève appel de ce jugement, en tant que le tribunal administratif l'a condamnée à vider les lieux et, en outre, à verser diverses indemnités d'occupation, parce qu'elle n'a pas

(130) Conclusions Braibant sur 12 décembre 1958, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. Société des Ateliers de wagons-lits de Brignoud, *Droit Social* 1959, p. 211.

(131) 20 novembre 1903, Compagnie des eaux du canton de Boissy-Saint-Léger, Rec. 689. V. également, 22 juin 1906, Société française de matériel industriel et agricole de Vierzon, Rec. 516 ; 18 janvier 1924, Ministre des Finances c. dame Veuve Bennot, 6e esp., Rec. 65.

(132) 27 octobre 1937, Compagnie des chemins de fer de Provence, Rec. 874 ; 26 juillet 1949, Obelliane, Tables, Rec. 676 : si l'appel principal porte sur le montant de l'indemnité, le recours incident peut remettre en cause le principe de la responsabilité.

(133) Section, 3 octobre 1958, Société des autocars garonnais, Rec. 468.

un droit contractuel à l'occupation de ce terrain. La S.N.C.F. forme alors un appel incident en tant que le jugement attaqué a accordé un délai à l'occupant sans titre. Le Conseil d'Etat le déclare recevable : « Ce recours concerne le même litige que le recours principal, l'octroi d'un délai constituant une modalité de la décision d'expulsion prise par les premiers juges. »

Nous ne pensons pas que cet argumentation soit exacte. Car, qu'est-ce pour le Conseil d'Etat que « le litige » ? Ce n'est pas celui dont l'objet a été déterminé par l'appelant principal puisqu'il admet que des points non compris dans l'appel principal fassent partie du même litige que cet appel. Est-ce alors celui qui a été jugé en première instance : certainement pas, puisque l'appelant incident ne peut remettre en cause tous les points faisant partie de ce jugement. *Le litige est donc une notion forgée par le Conseil pour les besoins de la cause et qu'il étend ou rétrécit selon les circonstances* (134). Il est composé de tous les chefs ayant un lien sérieux et évident — parfois connexes, mais d'une connexité sévèrement entendue — avec ceux sur lesquels porte l'appel principal.

La Haute Assemblée ne cherche donc pas à sauvegarder les prérogatives du demandeur, puisque le litige n'est pas celui qu'il définit. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence administrative aboutit en fait à la même solution : puisque le requérant principal peut remettre en cause tous les chefs du jugement de première instance et que l'appelant incident ne peut remettre en cause que ceux qui sont voisins de l'appel principal. Elle crée donc une inégalité entre les parties.

Il nous paraît que le Conseil d'Etat retient cette solution parce que le recours incident peut être formé sans condition de délai. Ceci lui paraît être une prérogative trop importante au bénéfice de l'appelant incident. Tout en la lui accordant, il lui en fait sentir le poids. La solution retenue est critiquable. Rien ne l'impose. Une fois admis

(134) La décision du 13 mars 1957, Compagnie du gaz de Paris et autres, Rec. 172 est symptomatique à cet égard. Il s'agissait de dommages causés par une explosion au gaz. Les appels principaux concernaient essentiellement le point de savoir qu'elle était la personne responsable de ces dommages et à la faire condamner à la suite d'un accident survenu à un sieur Touzet. L'appel incident de Gaz de France tendait à faire condamner cette personne responsable pour dommages causés à son domaine. Le Conseil d'Etat juge que de telles conclusions « soulèvent un litige différent de celui qui résulte des appels principaux ». Or, ici aussi cette pétition de principe — plus qu'une motivation — ne convainc pas. La Haute Assemblée ne dit pas, en effet, quel est le litige principal. Si elle avait considéré qu'il s'agissait d'apprécier les conséquences des dommages causés par une explosion au gaz, le recours incident était recevable. Si elle avait au contraire pensé qu'il fallait se demander quelle était la personne responsable de l'accident et la condamner pour accident survenu au sieur Touzet, en ce sens le recours incident était irrecevable. Mais, dans ce cas, le Conseil s'est aligné trait pour trait sur les conclusions de l'appelant principal alors que dans d'autres il conçoit fort largement ses pouvoirs.

que l'on peut former appel incident sans condition de délai, on ne doit pas réintroduire cette condition par voie détournée.

— *Dans le contentieux de l'excès de pouvoir,* des solutions encore plus sévères sont retenues.

Le Conseil d'Etat admet que lorsque le recours principal ne concerne que les modalités d'un reclassement, l'appelant incident peut remettre en cause l'annulation survenue en première instance d'une décision qui a refusé à l'appelant principal la réparation des préjudices de carrière (135), parce qu'il s'agit de deux chefs intimement liés et interdépendants. Mais une décision du 12 décembre 1958 (136), rendue conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Braibant, se prononce pour l'irrecevabilité du recours incident. Le jugement de première instance déféré au Conseil d'Etat avait, par son article 2, annulé l'ordre de réquisition émis au profit de la dame veuve L... et, par son article 3, rejeté les autres demandes de la Société relatives à d'autres personnes. En appel, le Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement a sollicité l'annulation de ce jugement en tant qu'il a annulé l'ordre de réquisition émis au profit de la dame veuve L... Le Conseil d'Etat estime que les conclusions du recours incident de la Société des Ateliers de wagons de Brignoud dirigées contre l'article 3 du jugement du tribunal administratif « soulèvent un litige différent de celui qui résulte de l'appel principal ; que, dès lors, présentées après l'expiration du délai imparti pour faire appel, elles ne sont pas recevables ».

L'argumentation du Conseil d'Etat est ici aussi difficile à entrevoir et en tout cas particulièrement sévère. Comment prétendre, en effet, que des réquisitions prononcées contre le même propriétaire constituent des litiges distincts au sens où il entend habituellement ce terme ? M. Braibant a, dans ses conclusions, affirmé que « la meilleure preuve, d'ailleurs, qu'elles ne soulèvent pas un même litige, c'est

(135) 17 janvier 1958, Raguenet, conclusions Guldner, R.P.D.A. 1958, p. 41. Il faut noter que dans ses conclusions le commissaire du gouvernement s'était prononcé dans le sens de la solution judiciaire : « Nous pensons qu'il faudrait admettre comme règle générale que l'intéressé peut présenter, par voie de recours incident, toutes les conclusions et tous les moyens qu'il aurait pu présenter pour la première fois en appel, s'il avait interjeté appel principal de sorte que seules les conclusions nouvelles et les moyens nouveaux fondés sur une cause juridique distincts seraient exclus. » Le problème que posait l'affaire était en réalité plus modeste et c'est seulement sur ce point, comme l'a montré la jurisprudence ultérieure, que le Conseil d'Etat a suivi son commissaire du gouvernement. Comme le déclarait celui-ci comparant la décision à intervenir avec d'autres solutions retenues en plein contentieux. « De même qu'en cas d'action en responsabilité la question du montant de l'indemnité, de même, la question du droit à réparation d'un préjudice de carrière est inséparable de celle de l'étendue de la réparation qui est éventuellement due. »

(136) Section, 12 décembre 1958, 2e esp., Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. Société des ateliers de wagons de Brignoud et Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. Société immobilière des cités-jardins de Brignoud, Rec. 639 et 641, *Droit Social* 1959, p. 211, conclusions Braibant.

que le tribunal a annulé certaines d'entre elles pour des motifs qui leur étaient propres et rejeté les conclusions dirigées contre les autres ». Mais cet argument ferait dépendre l'appel incident du jugement de première instance qu'il s'agit justement de remettre en cause. La véritable raison de la solution adoptée nous est donnée par le commissaire du gouvernement : « dans les affaires présentes, les appels principaux et les appels incidents portent sur des réquisitions distinctes, visant des locaux différents et prises naturellement au profit de bénéficiaires différents ; peu importe qu'elles concernent un même prestataire, qu'elles soient intervenues dans des conditions analogues et qu'elles aient fait l'objet d'un jugement commun ».

M. Braibant, et avec lui le Conseil d'Etat, rejettent tous les arguments montrant l'unité du litige et ne prennent en considération que ceux qui distinguent l'appel incident du recours principal (137). Ils se laissent donc enfermer par le *litige défini par le demandeur* et n'usent pas comme en plein contentieux de l'artifice de l'extension de l'objet du litige (138).

Cette solution, plus sévère qu'en plein contentieux, peut cependant s'expliquer. La jurisprudence administrative considère que, même en appel, le recours pour excès de pouvoir garde son originalité. Elle répugne donc, ici aussi, à donner inconditionnellement au défendeur des prérogatives trop importantes.

En définitive, le Conseil d'État s'arrête toujours au principe de l'irrecevabilité du recours incident dont l'objet n'est pas le même que celui de l'appel principal. S'il assouplit parfois cette conclusion, ce n'est qu'en employant une fiction, par ailleurs mal définie : la notion de litige. Comme nous l'avons montré, cette position, que rien ne justifie, produit une inégalité entre les parties contraire à l'idée même de recours incident. Elle introduit une différence injustifiée avec la solution retenue par la procédure civile.

(137) Le commissaire du gouvernement Braibant a prétendu en outre dans ses conclusions précitées, pour justifier la solution adoptée « en l'espèce, le tribunal administratif joint plusieurs pourvois dirigés contres des décisions distinctes, et, par un même jugement, admet les uns et rejette les autres » et il note que dans ces cas l'appel incident ne sera pas toujours recevable. Il ne remarque pas cependant que dans ce même cas l'appelant principal pourrait se pourvoir contre toutes les dispositions du jugement de première instance. C'est donc que celui-ci a une unité. On ne comprend pas pourquoi elle est brisée au détriment de l'appelant incident.

(138) La jurisprudence est aussi sévère lorsque le recours contient des conclusions en annulation alors que le recours principal ne conclut qu'à l'indemnisation. annulé la révocation d'un employé et condamné la commune à payer une indemnité V. Liénart, 28 juillet 1952, Rec. 423 : l'arrêté du Conseil de préfecture avait à l'intéressé. Celui-ci avait demandé en appel l'augmentation de ladite indemnité et la commune remettait en question par son recours incident la légalité de la révocation. Le Conseil d'État a jugé que ce recours incident était irrecevable.

2. — *L'appelant incident est lié par la détermination des parties effectuée par l'appelant principal.*

L'initiative dont dispose l'appelant lui permet de déterminer contre quelles parties il forme son recours. En principe, seules les parties peuvent intenter un recours incident. D'autre part, ces parties ne peuvent, en principe, conclure que contre l'appelant principal.

94. — *Seules les parties contre lesquelles l'appelant principal a conclu peuvent former un recours incident* (139). — Le recours incident a en effet pour but de répliquer à un recours principal. L'appelant principal peut-il lui-même relever appel incident, à la suite de l'appel incident de l'intimé ? Les jurisprudences administrative et judiciaire l'admettent, dans la mesure où l'appel principal initial ne portait que sur certains des chefs du jugement de première instance (140). Dans ce cas, en effet, l'appelant principal est un intimé par rapport au premier appel incident (141). Il peut donc former lui-même un appel incident que la jurisprudence administrative qualifie improprement de demande reconventionnelle (142).

La prépondérance est donc donnée à l'appelant pour la détermination des parties dans le cadre, bien entendu, des parties en première instance. Ceci correspond bien à la logique de l'appel incident. Il a pour but de *défendre* à un recours déjà intenté. On comprend donc qu'on permette à la partie intimée de modifier *l'objet* de ce recours. Rien ne justifie, par contre, qu'on accorde aux parties de première instance le droit de tourner la prérogative de l'appelant de fixer les parties à l'instance dérivée. Néanmoins, on a reconnu que l'appelant faisait parfois un usage abusif de ces prérogatives. Ainsi, supposons un garant qui a obtenu en première instance une décharge totale de responsabilité au profit du garanti, souvent l'appelant ne forme son recours que contre le garanti sans mettre en cause le garant. Si le garanti n'a connaissance du procès qu'après l'expiration du délai d'appel, il ne peut former appel incident puisqu'il n'est pas intimé. Ainsi le décret-loi du 14 juin 1938 (143) a-t-il admis la recevabilité de l'appel provoqué par l'appel principal, en tout état de cause, à la

(139) Civ., 28 octobre 1919, D.P. 1919.1.104 ; 28 novembre 1912, Compagnie d'Orléans, Rec. 936 : un arrêt étant relatif à plusieurs personnes et étant attaqué en ce qui concerne certaines d'entre elles seulement, les autres ne peuvent former recours incident, seul le pourvoi principal serait possible.

(140) Alger, 9 mai 1900, D.P. 1904.1.612 ; 27 octobre 1937, Compagnie des chemins de fer de Provence. Rec. 874.

(141) V. Encyclopédie, Procédure civ. et commerciale, V° Appel incident par P. Janvier, n° 59.

(142) V. 27 octobre 1937, précité, note 3 .

(143) Article 445 C. proc. civ., § 4.

condition qu'il ne retarde pas la solution de l'appel principal (144). *Il est souhaitable de voir introduire cette notion dans le contentieux administratif.* En effet, « la décision du second degré devrait être une réplique parfaite de celle de première instance. La création et l'extension de l'appel provoqué constituent une approche de ce résultat idéal » (145).

95. — *L'intimé ne peut former son recours que contre l'appelant principal.* — C'est uniquement à l'égard de l'appelant principal que l'intimé a besoin de se défendre. En conséquence, s'il y a d'autres intimés, il ne peut conclure contre eux (146). C'est ce que l'on appelle l'irrecevabilité des conclusions d'intimé à intimé. L'article 443 du Code de procédure civile porte que « l'intimé peut interjeter appel incident en tout état de cause ». Ce texte en opposant l'intimé à l'appelant principal, semble bien indiquer que « le seul appel incident qu'il prévoit et permet est l'appel d'intimé à appelant principal, par exclusion de l'appel d'intimé à intimé » (147). La Cour de cassation applique purement et simplement cet article, de même que le Conseil d'Etat, bien qu'on n'y trouve aucune référence dans ses arrêts.

La jurisprudence n'a pu cependant maintenir longtemps une position aussi absolue. Il existe, en effet, des cas où l'appel principal bouleverse la situation respective des différents intimés. Le litige présente parfois une unité telle, que toute remise en cause de la solution de première instance, concernant une des parties, oblige également à considérer les conséquences qu'elle a pour une autre partie. C'est, comme l'a remarqué dans une note célèbre E. Naquet (148), le principe qui dicte les solutions de la Cour de cassation même s'il ne ressort pas directement de ses arrêts : « dans toutes les espèces sur lesquelles la jurisprudence a statué, la recevabilité de l'appel d'intimé à intimé se justifiait par les mêmes considérations qui ont fait admettre l'appel incident d'intimé à appelant principal, à savoir que l'adhésion au jugement était tacitement subordonnée au maintien de toutes les dispositions du jugement, et qu'il est juste de rendre la liberté aux

(144) L'appel provoqué est recevable malgré l'acquiescement de son auteur (Civ., 19 février 1958, J.C.P. 1958.II.10642, note H. Sinay, D. 1958, J., p. 447). Un certain lien est exigé avec l'appel principal mais ce lien n'est pas un lien d'indivisiblité il suffit qu'il fasse apparaître pour la solution à intervenir un intérêt pour l'appelant (Comm., 13 février 1957, J.C.P. 1957.II.10170 *bis*, note H. Sinay, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1957, p. 485, observations Raynaud).

(145) Note H. Sinay, J.C.P. 1957.II.10170 *bis*, précitée.

(146) Civ., 5 juin 1896, S. 1900.I.314 ; Civ., 9 décembre 1884, D.P. 1885.I.87 ; Civ., 14 juin 1910, D.P. 1913.I.35 ; 29 avril 1892 Chemins de fer de l'Est, S. 1894.III.36; 15 décembre 1905, Desgeorges, S. 1907.III.134 ; 15 avril 1910, ville de Gap, S. 1912.III.132 ; 17 mars 1937, Ministre des travaux publics, Rec. 356 ; 26 décembre 1951, E.D.F., Rec. 619 ; 12 octobre 1956, époux Fabre, Rec. 368 ; 20 janvier 1960, sieur Asso, Rec., 44.

(147) Note Naquet,S. 1902.1.265.

(148) Note Naquet, S. 1902.1.265.

intéressés, lorsque leur situation respective est remise en question ». En fait, toutes les solutions données par la jurisprudence civile reposent sur ce principe d'indivisibilité du jugement de première instance, même lorsqu'elles affirment que la solidarité (149) est la raison de la recevabilité des conclusions d'intimé à intimé.

Le Conseil d'Etat a retenu la même solution. Depuis 1927, il admet la recevabilité des conclusions d'intimé à intimé lorsque l'objet du litige est indivisible. Le premier arrêt du 21 janvier 1927 (150) faisait de la condition de solidarité la mesure de la recevabilité de telles conclusions. La Haute Assemblée exigeait que l'appelant incident ait conclu à la condamnation solidaire en première instance (151) contre son cointimé (152). A présent, le Conseil d'Etat admet naturellement les conclusions d'intimé à intimé en cas de solidarité (153). Il se dégage nettement de ses décisions que ce n'est pas la seule espèce où de telles conclusions sont admissibles. Il les admet en effet plus généralement, comme la Cour de cassation, dans le cas où l'indivisibilité du procès est telle que toute remise en cause du procès concernant l'une des parties intéresse également par ses répercussions l'autre partie (154). Si bien que dans un tel cas, les conclusions d'intimé à intimé ne sont pas simplement admissibles, mais aussi souhaitables, pour sauvegarder l'unité du jugement à intervenir.

(148) Civ., 14 novembre 1900, S. 1902.1.265, note Naquet : « ... Attendu que l'appel principal interjeté par Renard contre toutes les parties en cause a remis en question, vis-à-vis des consorts Casquin, le point de savoir si l'article dont s'agit devait être effectivement compris dans le compte ; que sur ce même point, l'appel a profité à Morlon, codébiteur solidaire du même compte puisque Morlon, dans ses rapports avec Renard n'aurait pu être condamné à supporter définitivement la dépense que si les consorts Casquin en avaient été préalablement reconnus créanciers ; que Morlon a donc procédé régulièrement devant la Cour d'appel lorsqu'il a conclu entre les consorts Casquin a ce que la somme litigieuse fût supprimée du compte de réfection. » V. également Civ., 28 juillet 1857, S. 1858.I.537 ; Civ., 27 juin 1894, S. 1895.I.400 ; Civ., 8 mai 1917, D.P. 1917.I.101.

(150) 21 janvier 1927, Compagnie générale des eaux, S. 1927.III.77.

(151) 8 juillet 1953, Electricité de France c. Cabanès, Rec. 363. Si la condamnation solidaire n'est demandée qu'en appel contre l'intimé par voie de recours incident elle ne peut être admise.

(152) 23 décembre 1892, Saint-Ginest, S. 1894.III.105 ; 15 décembre 1905, Desgeorges, S. 1907.III.143 ; 29 novembre 1907, Carrière, S. 1910.III.22.

(153) Section, 25 juin 1954, E.D.F. c. dame Anro et Entreprise Favrin, Rec.

(154) 8 février 1957 Caisse régionale de sécurité sociale de Paris et Caisse primaire centrale de sécurité sociale de la région parisienne, Rec. 98. « ... qu'il suit de là que ledit département étant, en exécution de la présente décision, tenu de reverser à la Caisse régionale une rente supérieure à celle au remboursement de laquelle il était astreint en vertu de l'arrêté déféré, est fondé à soutenir que la rente dont il reste directement débiteur à l'égard de la dame Maufrois doit être réduite dans la même mesure ; qu'il convient, dès lors, de faire droit aux conclusions de son recours incident tendant à cette réduction... ». Cette décision montre bien que c'est l'interdépendance des obligations qui amène la recevabilité des conclusions d'intimé à intimé. V. égal. 13 mars 1957, Compagnie du gaz de Paris et autres, Rec. 171.

96. — Même quant aux parties, les pouvoirs de l'appelant principal ne peuvent être sauvegardés. L'instance dérivée en appel est en effet entièrement dictée par l'instance principale. C'est ce qui explique qu'on permette à l'intimé, surtout en procédure civile d'ailleurs, l'extension de l'objet de cette instance dérivée jusqu'aux limites de la première instance. Il est en effet de bonne justice, afin que le second degré de juridiction puisse effectivement jouer son rôle, que le contrôle des juges d'appel porte sur l'entier jugement de première instance. Si les procédés juridiques tendent à cette extension de l'instance dérivée jusqu'au cadre de l'instance principale, ils lui interdisent au contraire de passer outre à cette limitation. Les demandes nouvelles sont le sens interdit de cette extension.

97. — 2° *La théorie des demandes nouvelles.* — La notion de demande nouvelle ne se présente pas de manière claire en procédure (155). Les idées les plus contradictoires, les solutions les moins harmonieuses ont été avancées pour cette question. Les données du problème à résoudre apparaissent pourtant étonnamment simples. Le litige jugé une première fois s'est traduit par une instance principale. Les éléments de cette tendance, objet, cause et parties sont connus. Il ont été choisis en principe par le demandeur ou exceptionnellement, par les autres parties. Mais, une fois déterminés, ils ne peuvent plus, même au cours de l'instance principale, être remis en cause sauf le cas des demandes incidentes. La théorie des demandes nouvelles a pour but de rappeler qu'ils ne peuvent l'être non plus en appel.

Le motif de cette irrecevabilité est même plus important en appel. Aux raisons justifiant l'immutabilité du litige en première instance s'ajoute ici la notion même de double degré de juridiction. Que signifierait, en effet, un double examen de chefs différents ? Si l'on veut que le contrôle du juge d'appel sur la décision de première instance ait un sens, il doit porter sur une instance composée des mêmes éléments que la principale.

Où trouver alors les éléments de l'instance principale ? Aussi bien le recours du demandeur que celui des autres parties ne peuvent en donner une vue définitive, car il y a les demandes incidentes. L'on est alors tenté de considérer qu'il s'agit de ceux pour lesquels joue l'autorité de la chose jugée. En effet, « les deux règles de la prohibition des demandes nouvelles en appel et de l'autorité de la chose jugée usent des mêmes éléments constitutifs »(156). Il nous paraît que cette assimilation, si elle n'est pas inexacte est, du moins, trop absolue. D'une part, elle oublie que les conclusions des parties peuvent être mal ou incomplètement analysées dans le jugement de premier ressort —

(155) Azard, *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français,* Thèse, Paris, 1936 ; Boyreau, *De la prohibition des demandes nouvelles en appel,* Thèse, Bordeaux, 1945.

(156) Thèse Boyreau précitée, p. 22.

l'appel n'a-t-il pas justement pour but de corriger de telles erreurs — or, c'est le jugement qui dépend des conclusions des parties et non pas l'inverse (157). D'autre part, elle ne permet pas de préciser que certaines demandes incidentes en appel ne sont pas considérées comme des demandes nouvelles et que, par conséquent, le cadre de l'instance dérivée étant plus large que celui de première instance ne peut coïncider avec l'autorité de la chose jugée de celle-ci.

Or, la tendance actuelle en *procédure civile* est bien à l'extension de la recevabilité de demandes incidentes en appel et, par conséquent, à un rétrécissement de la notion de demande nouvelle, du moins quant à certains éléments de ces demandes. L'appel n'est pas, en effet, une simple voie de réformation. Il continue également la première instance et, à ce titre, les parties doivent pouvoir montrer au juge, afin d'éviter l'introduction de nouvelles instances, leur nouvelle argumentation ou les éléments récents qui se sont introduits dans le procès initial. Il est également un moment où la difficulté juridique atteint l'absurde. L'impossibilité de fait de distinguer les moyens nouveaux permis en appel, de la cause juridique constituant une demande nouvelle ont peu à peu conduit à un assouplissement de la jurisprudence et de la législation. Si bien qu'en procédure civile, aujourd'hui, certaines demandes incidentes, nouvelles par leur cause, sont possibles en appel.

Dans la *procédure administrative contentieuse*, au contraire, jamais la théorie de la demande nouvelle ne semble avoir connu un aussi grand développement. Arrêts multiples, pour ne point parler d'une abondante et intéressante flore de conclusions de commissaires du gouvernement ou de notes de jurisprudence publiées. *La théorie de la demande nouvelle n'est pas dans le contentieux administratif limitée à l'instance d'appel.* Nous avons, en effet, montré comment l'expiration des délais de recours venait cristalliser les prétentions des parties et leur interdisait de les étendre. L'application systématique de cette règle au recours pour excès de pouvoir ne remonte pas au delà de 1953 (158). Ce n'est que dans les premières années du contentieux administratif, avant 1889, lorsque le Conseil d'Etat admettait la théorie du ministre-juge, que les demandes nouvelles connaissent un aussi grand développement. La généralisation de l'appel, puisque tout recours au Conseil d'Etat de la décision d'un ministre est considéré comme tel, donne alors une occasion aussi fréquente d'appliquer notre théorie (159). Après 1889, elle connaît un ralentissement certain et ce n'est

(157) V. *infra*, Section II, le cadre de l'instance dicte la portée de la solution donnée.

(158) Concl. Kahn sur 23 mars 1956, dame Vevue Ginestet, A.J. 1956.II.164. V. 20 février 1953, Société Intercopie, Rec. 88.

(159) 17 mars 1812, Eggerlé et Greiner, T. I, Rec. 325 ; 8 janvier 1817, de Gestas, T. II, Rec. 164 ; 10 décembre 1817, Riollay c. Régie des domaines, T. II, Rec. 305 ; 20 février 1822, Soyez c. ministre de la guerre, T. III, Rec. 174 ; 19 février 1823, Laos c. ministre de la guerre, Rec. 327.

qu'avec les extensions de compétence successives des juridictions de premier ressort et leur achèvement, avec la généralisation du premier degré de juridiction au bénéfice des tribunaux administratifs, en 1953, ainsi que la généralisation du délai de recours à la même date, que notre théorie renaît.

Les causes qui ont assoupli la théorie des demandes nouvelles en procédure civile auraient dû également jouer dans la procédure administrative contentieuse. Il n'en a rien été ou, du moins, l'évolution en ce sens apparaît comme étant particulièrement difficile. La jurisprudence a accordé, en effet, comme nous l'avons déjà remarqué, une importance excessive à la notion de délai.

98. — A. — *La demande nouvelle quant aux parties.* — En principe, seules les parties ayant figuré dans l'instance principale peuvent figurer dans l'instance dérivée en appel. Deux aspects différents de la demande nouvelle quant aux parties doivent être examinés. Tout d'abord, dans certains cas, la demande peut être nouvelle bien qu'elle soit formée à l'encontre des parties à l'instance principale. D'autre part, la demande est également nouvelle lorsqu'elle est intentée contre des parties qui n'ont pas figuré à cette instance.

99. — *a) La demande peut être nouvelle bien qu'elle soit formée contre les parties à l'instance principale.* — Les parties doivent conserver en appel la même qualité qu'en première instance. On a souvent confondu la notion de qualité avec celle de cause juridique. Sans entrer ici dans la discussion de ce problème, il faut préciser que cette notion, telle qu'elle est entendue pour la théorie de la demande nouvelle, signifie « titre auquel la personne figurant dans l'instance a pouvoir d'exercer l'action ou d'y défendre ». M. Boyreau a très justement remarqué (160) que la confusion des notions de cause et de qualité était courante dans la jurisprudence civile (161) antérieure à 1935. En effet, jusqu'à cette date, le changement de cause, aussi bien que celui de qualité, étaient générateurs d'une demande nouvelle. Il n'y avait donc aucun intérêt à les distinguer. Mais, après 1935, seul le changement de qualité produit une demande nouvelle. Ceci amène également la jurisprudence à dégager une notion autonome du changement de qualité. Ainsi, la partie qui a exercé en première instance une action qui lui est personnelle, n'est pas recevable à intenter en appel l'action de son débiteur et réciproquement (162). Une espèce voisine montre que le Conseil d'Etat consacre une notion analogue de la qualité. Ainsi, le comptable qui réclame de l'Etat le remboursement des sommes qu'il a payées, n'est pas recevable à soutenir ensuite qu'il représente les créanciers qu'il a remboursés et qu'il peut donc demander à l'Etat son payement

(160) Thèse citée, p. 106. V. également GRANGER, *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Demande nouvelle, n°s 51 et suiv.

(161) Civ., 8 avril 1857, D.P. 1857.1.162 ; Civ., 4 novembre 1874, D.P. 1878.1.73.

comme les créanciers pourraient le faire eux-mêmes (163). En effet, dans le premier cas, il agit en son nom personnel, tandis que dans le second, il agit comme représentant les intérêts d'autres personnes.

100. — *b) La demande est nouvelle lorsqu'elle est formée contre des parties qui n'ont pas figuré à l'instance principale.* — Dans le premier cas cité, il s'agissait de personnes qui avaient déjà pris part à la première instance; ici, l'interdiction vise des personnes qui n'ayant participé à aucun acte du premier ressort ne peuvent, à plus forte raison, y participer en appel. Aussi, toute conclusion dirigée contre des personnes vis-à-vis desquelles il n'a pas été conclu dans l'instance principale est irrecevable (164). Elle constitue une demande nouvelle quant aux parties. La question est plus discutée en ce qui concerne l'introduction forcée d'autres personnes dans l'instance sous forme de demande en garantie et l'intervention volontaire.

I. — *Introduction forcée d'autres personnes dans l'instance. La demande en garantie.* — En logique pure, la demande en garantie formée contre une personne qui n'était pas partie à l'instance tombe sous le coup des demandes nouvelles quant aux parties. La jurisprudence du Conseil d'Etat s'est arrêtée dans ce sens (165). Sa position est extrêmement générale, elle s'applique non seulement aux demandes en garantie mais également à toute forme d'introduction forcée d'autres parties dans l'instance (166). La juridiction civile, tout en adoptant la même solution d'irrecevabilité pour les demandes en garantie (167) admet dans certains cas la recevabilité d'autres formes d'intervention forcée comme la mise en cause ou la déclaration de jugement commun (168).

II. — *Intervention volontaire d'autres personnes dans l'instance.* — Autant il est difficile d'admettre qu'une personne se voie refuser le premier degré de juridiction par la volonté d'une partie qui, elle, en a bénéficié, autant on comprend aisément que si cette introduction nouvelle en appel d'une autre partie est *volontaire*, elle doit être ad-

(162) V. Douai, 2 juillet 1897, D.P. 1898.11.23 ; Civ., 24 janvier 1939, S. 1939.1.110 ; Paris, 5 juin 1959 D. 1959, Som., p. 76. Le demandeur ne peut, en cause d'appel, conclure contre le défendeur ou une qualité autre que celle dans laquelle il l'a assigné en première instance.

(163) 16 avril 1823, Fabulet c. ministre de la guerre, T. III, Rec. 348. V. également, 17 février 1908, Colonie de la Nouvelle Calédonie, Rec. 116.

(164) Civ., 2 juin 1886, D.P. 1887.I.64 ; Req., 8 novembre 1899, D.P. 1900.I.22 ; 26 juin 1845 Boisdon et Simon, Rec. 370 ; 7 février 1908, Colonie de la Nouvelle Calédonie, Rec. 117 ; 8 novembre 1935, héritiers Merlo, Rec. 1018 ; 9 mai 1947, Vidal, Rec. 676, Section, 25 avril 1958, dame Veuve Barbaza, Rec.

(165) 19 décembre 1902, Médard, Rec. 774; 16 juillet 1913, Loustanau, Rec. 828; 8 novembre 1935, héritiers Merlo, Rec. 1018.

(166) 26 juin 1935, Ducos et fils, Rec. 726.

(167) Req., 21 juin 1876, S. 1878.I.455.

(168) V. P. Janvier, *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Appel, n°° 331 et suiv.

mise très libéralement. Elle permet, en effet, d'avoir une vue plus complète du procès. Le Conseil d'Etat a toujours admis l'intervention volontaire en appel de personnes justifiant d'un simple intérêt (169). L'ancien article 466 du Code de procédure civile n'autorisait à intervenir pour la première fois en appel que les personnes pouvant former tierce opposition. « Mais la doctrine, et plus encore, la jurisprudence, avaient interprété ce texte très libéralement » (170). Aussi la loi du 23 mai 1942 a modifié l'article 466. Le nouvel article dispose que « pourront intervenir en cause d'appel tous ceux qui justifieront d'un intérêt » (171).

Ces deux exceptions mises à part, la jurisprudence applique donc strictement la notion de demande nouvelle quant aux parties. Elle est, en effet, assez facile à déterminer. Et, d'autre part, l'admission de telles demandes non seulement bouleverserait le cadre de l'instance, mais aboutirait, en fait, à priver les personnes appelées en appel du double degré de juridiction.

101. — B. — *La demande nouvelle par l'objet.* — L'objet de la demande, c'est-à-dire la prétention du demandeur, est l'élément le plus important de l'instance pour les plaideurs (172). C'est parce qu'une contestation est née à son propos qu'ils se décident à introduire l'instance. Le fondement juridique qu'ils assignent à leur demande constitue, en fait et en droit, un élément secondaire de celle-ci. En fait, parce que le plaideur se soucie plus de ce qu'il obtiendra que du moyen juridique par lequel il arrivera à ses fins. En droit, parce que la cause juridique de la demande vient donner un fondement à l'objet qui préexiste (173). Admettre, donc, que les parties, et spécialement le demandeur, modifient l'objet de leur demande serait dénaturer l'instance. La distinction doit être clairement faite entre les demandes qui ont le même objet que l'instance principale et qui sont donc admises en appel et celles qui, au contraire, constituent des demandes nouvelles par l'objet.

102. — *a*) *Les demandes qui restent dans le cadre de l'instance principale.* — La question paraît, *a priori*, simple. Seront admises en appel les demandes qui portent sur le même objet que celles présentées

(169) 2 mars 1917. Jellineck-Mercédès, S. 1923.III.26 ; 7 juillet 1927, Société des Aciéries de Longwy, S. 1928.III.41.

(170) Vizioz, *Etudes de procédure*, 1956, p. 523. V. Civ., 5 janvier 1880, D. 1880.I.112 ; Soc., 4 avril 1941, Gaz. Pal. 1941.II.342.

(171) M. Vizioz, *op. cit.*, p. 523, affirmait à ce propos : « L'expérience montrera si le libéralisme du législateur, si son désir de réunir dans une même instance tous les litiges connexes et d'éviter ainsi, soit les frais d'un nouveau procès, soit des tierces oppositions qui ébranlent l'autorité de la chose jugée, n'auront pas pour résultat de compliquer la marche du procès, d'en retarder l'issue... »

(172) Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 348, p. 287.

(173) V. sur les liens de l'objet et de la cause, ci-dessus, titre I, chapitre I, Section II, sous-section II, p. 34.

en première instance. D'autres aspects de la question sont plus délicats: la demande peut ne pas excéder le cadre de l'instance principale soit en droit, soit en fait, par suite de l'interprétation par le juge de la notion d'objet ou encore à la suite d'un texte du Code de procédure civile ou de l'application du même principe par la jurisprudence administrative.

103. — I. — *La demande n'excède pas le cadre de l'instance principale.* — En droit, lorsque les parties réduisent leurs prétentions en appel, on ne peut valablement considérer qu'elles forment ainsi des demandes nouvelles. « La maxime : « La partie est contenue dans le tout », s'applique ici parfaitement et la logique s'oppose à ce qu'on prohibe en appel une telle modification » (174). Une telle réduction ne peut heurter les intérêts de la partie adverse, bien au contraire. Les jurisprudences civile et administrative sont unanimes dans ce sens (175). Ainsi, le contribuable qui a formé en première instance une demande en décharge, est recevable à demander la réduction de son imposition devant le Conseil d'Etat (176).

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont allés encore plus loin. Pour éviter de donner à l'immutabilité du litige un caractère absolu, un moyen bien simple leur était ouvert. Nous avons dit combien il était difficile de retrouver dans les débats de première instance les conclusions définitives des parties. Rien n'interdisait donc aux tribunaux de considérer que, dans la demande de première instance, figurait *implicitement* la demande que l'on aurait dû qualifier de nouvelle (177).

La *jurisprudence civile* avait donné à cette notion de demande implicite une grande extension (178). Elle lui permettait, en effet, d'admettre des demandes nouvelles par la cause en les revêtant du manteau des demandes implicites. Cette jurisprudence a perdu son utilité depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, qui permet de manière très libérale les demandes nouvelles par la cause. Elle garde cependant un intérêt actuel, car elle permet d'admettre, toujours sous cette forme déguisée, les demandes nouvelles par l'objet.

(174) Boyreau, Thèse citée, p. 39.

(175) Req., 12 décembre 1881 ; D.P. 1882.1.222 ; Civ., 16 mars 1908, D.P. 1908.I.308 ; Comp., 22 décembre 1863, Debot, D.P. 1864.III.19 ; 3 novembre 1900, Péras, Rec. 692.

(176) Debot et Péras précités ; v. également, Section, 20 juin 1958, Commune de Renan c. sieur Rouis, Rec. 364, « Considérant que la circonstance que la demande du sieur Rouis au Conseil de préfecture ait contenu à la fois des conclusions à fin d'annulation et des conclusions à fin d'indemnité ne faisait pas obstacle à ce que la commune de Renan ne présentât en appel que des conclusions d'excès de pouvoir. »

(177) Cette jurisprudence est appliquée aussi bien quant à la cause que quant à l'objet (v. note suivante).

(178) Req., 6 février 1872, D.P. 1872.1.253 ; Civ., 12 mai 1896, D.P. 1896.1.443 ; Civ., 6 juin 1923, D.P. 1924.1.204.

La *jurisprudence administrative* adopte une solution analogue (179). Elle oppose ainsi à la fin de non recevoir d'une demande nouvelle, le fait que « le requérant » a « entendu, par sa demande, porter devant le Conseil de préfecture l'ensemble du litige » (180). Il convient de remarquer dès à présent, qu'une réforme analogue à celle du 30 octobre 1935 n'étant pas intervenue en procédure administrative, la théorie de la demande implicite garde tout son intérêt dans le domaine de la cause. Comme le dit la Haute Assemblée, « l'argumentation constituant un simple développement du moyen initial est recevable après l'expiration du délai » (181).

104. — II. — *L'extension de l'objet de la demande est légitimé par la loi ou la jurisprudence.* — Ici, l'extension de l'objet de la demande est avouée. On ne se retranche pas derrière la théorie des demandes implicites. La loi ou la jurisprudence l'autorise cependant et ne considère pas qu'elle constitue une demande nouvelle. Il est, en effet, normal de permettre parfois l'extension de l'objet de la demande en appel. Soit parce que de « nouveaux aspects du procès qui n'avaient pas été ou ne pouvaient pas être soumis au juge de première instance doivent être examinés (182), parce qu'ils ont été trop liés à l'objet de l'instance principale et que les écarter donnerait au jugement un caractère incomplet, favorisant l'éclosion de nouvelles instances. Soit, parce que sans l'obliger à user du recours incident, il faut laisser à l'intimé une certaine possibilité de défense, ceci afin de rétablir l'égalité la plus complète entre les parties ».

105. — L'article 464 du Code de procédure civile dispose que « Les parties pourront aussi demander des intérêts, arrérages, loyers et autres *accessoires* échus depuis la décision de première instance, et des dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis cette décision ». On ne comprendrait pas que de telles demandes soient écartées du prétoire d'appel pour la raison qu'elles n'ont pas été soumises aux premiers juges, alors que le motif qui permet de les former est né *après* le jugement du premier degré. De plus, ces demandes se rattachent essentiellement à celles présentées en première instance — accessoires échus depuis la décision de première instance ou dommages-intérêts *pour* le

(179) 26 juillet 1912, Franzini, Rec. 871.

(180) 26 avril 1939, Commune de Colombes, Rec. 264.

(181) Assemblée, 17 décembre 1957, Ministre de la Reconstruction et du logement c. Société coopérative de reconstruction de Nantes, Rec. 673.

(182) Le commissaire du gouvernement Braibant a amené notre Haute Assemblée à assouplir sa position sur ce point : v. 13 juin 1958 Dame Veuve Polin, S. 1958, p. 352, conclusions Braibant. Le requérant peut augmenter ses prétentions en appel lorsque les données juridiques de la recevabilité sont modifiées par l'intervention d'une loi, en l'espèce, la loi du 7 juin 1956. Il faut cependant que la loi en question soit dotée d'un effet rétroactif sans quoi on ne pourrait l'invoquer en appel. D'autre part, le requérant ne doit pas avoir pu en invoquer le bénéfice en première instance.

préjudice souffert depuis cette décision. Ce double lien de postériorité et de connexité avec les demandes de première instance justifie leur recevabilité.

Le juge administratif s'est laissé convaincre par ces arguments. Le Conseil d'Etat applique, en effet, avec clarté l'article 464 du Code de procédure civile depuis une espèce Commune de Sissonne du 27 février 1862 (183) où il fait référence expresse à cet article. Il réaffirme à plusieurs reprises que les parties peuvent demander en appel « des intérêts, arrérages, loyers, et autres accessoires échus depuis la décision attaquée » (184) ou « des dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis le jugement de première instance » (185). Le texte applicable étant le même, examinons si la jurisprudence des deux Ordres de juridictions a donné des solutions analogues.

— Pour que la demande soit recevable, il faut qu'elle ait été impossible en première instance. Une partie n'est par conséquent pas recevable à demander en appel des intérêts non réclamés en première instance mais qu'elle aurait pu demander devant le juge du premier degré parce que *d'ores et déjà évaluables et échus* (186).

— La deuxième condition de recevabilité pose la nécessité d'un lien avec l'objet de l'instance principale. Aussi, la demande d'indemnité présentée à la suite d'un accident peut être *majorée* en appel à raison d'interventions chirurgicales nouvelles *qui se rattachent* à l'invalidité initiale (187). Mais lorsqu'entre le jugement de première instance et l'introduction de l'instance dérivée s'interposent des événements nouveaux, une demande, motivée par ces événements, ne sera pas recevable. Ainsi, une décision a déclaré non recevable une demande en indemnité à raison d'inondations postérieures à l'arrêt attaqué. Celles-ci, bien que provenant du même travail public qui avait causé les dommages soumis au Conseil de préfecture, constituaient des faits nouveaux et complètement distincts des inondations antérieures (188).

(183) 27 février 1862, Commune de Sissonne, Rec. 163.

(184) Commune de Sissonne précitée.

(185) 4 janvier 1884, Chemins de fer de P.L.M. c. Carrié et Ville de Marseille, D.P. 1885.III.90.

(186) 14 mars 1945, Compagnie du gaz de Lorient, Rec. 49 ; Soc., 1er décembre 1950, Bull. civ. 1950.III.611.

(187) 14 mai 1956, Urbach, Rec. 207. V. également 10 mai 1912, Epoux Médard c. Etat, Rec. 550 ; Req., 24 mai 1894, D.P. 1894.I.451.

(188) 20 janvier 1859, Deleveau, Rec. 52 ; 5 juillet 1939, Commune de Brignoles, Rec. 455 : « Il est établi que depuis le 27 décembre 1935, jour où le Conseil de préfecture a statué, les conditions de fonctionnement des ouvrages publics de la commune ont subi d'importantes modifications ; en conséquence, les demandes du sieur Mistral reposant sur la continuité des dommages primitivement invoqués et tendant à ce que le préjudice postérieur au jour où le Conseil de préfecture a statué entre en compte pour le calcul de l'indemnité, ne sauraient, dès lors, être regardées comme des conclusions accessoires pouvant être produites pour la première fois en appel ; 21 février 1955, Ville de Paris c. dame Lenaerts, Rec. 108 : demande de la dame L. pour que l'indemnité qui lui est due soit portée à une somme plus élevée « à cet effet, elle se fonde sur le préjudice

106. — B. — *Les défenses à l'action principale* peuvent également être admises en appel selon une autre règle posée dans le même article 464. Il ne fait aucun doute que même cette disposition est applicable dans le contentieux administratif. Cet article 464 laisse en suspens deux questions. D'une part, qui a la qualité de défendeur en appel ? D'autre part, qu'est-ce qui peut être considéré comme des défenses ?

L'instance d'appel, nous l'avons dit, est la conséquence de l'instance initiale. Aussi, les positions que peuvent avoir les parties en appel comme appelant ou intimé ont peu d'importance. En effet, elle ne s'exercent que dans le cadre déterminé par l'instance principale. *La partie qui était défenderesse dans l'instance principale est défenderesse dans l'instance dérivée en appel, qu'elle soit appelante ou intimée* (189). Comme le note Morel, « Le demandeur en première instance ne peut pas former de demande nouvelle en appel, tandis que celui qui a joué le rôle de défendeur peut former en appel toute demande nouvelle susceptible de servir de défense à la demande principale (190). La jurisprudence civile proclame le principe avec clarté (191). Dans une espèce jugée par un arrêt de la Cour de Paris du 24 juillet 1923, le demandeur se prévalait d'un contrat de vente par lequel il s'était rendu acquéreur d'un immeuble. Son vendeur n'ayant pas réalisé la vente par acte authentique, le demandeur l'assigna en vue de cette réalisation. Devant le tribunal, le défendeur argua de la nullité du contrat envisagé. Le jugement ne lui donnant pas satisfaction, il se porta *appelant*. Modifiant alors sa défense, il demanda la rescision du contrat pour lésion de plus des sept douzièmes. La Cour déclara recevable cette nouvelle argumentation : « Cette prétention ne constitue pas un moyen nouveau mais une défense subsidiaire à l'action principale... » (192). Cet arrêt montre sans aucune ambiguïté que seule la qualité de défendeur en première instance importe pour l'application de l'article 464.

En procédure administrative contentieuse, la même solution est retenue. M. le conseiller d'Etat Letourneur l'a proclamée à propos de la notion de cause juridique : « La notion de cause juridique nouvelle ne saurait... jouer à l'égard du défendeur de première instance, qui

qu'elle a subi du fait de l'inexécution par la Ville de Paris de la condamnation prononcée contre celle-ci ; que ce préjudice résulte ainsi de faits postérieurs à l'arrêté attaqué du Conseil de préfecture du 21 février 1951 qui lui a accordé satisfaction, que, par suite, cette nouvelle demande ne peut être présentée au Conseil d'Etat par la voie d'un appel incident. »

(189) En ce sens, dans la doctrine, v. Thèse Boyreau précitée, p. 27 : « Défenderesse devant les premiers juges, la situation de la partie reste la même devant la juridiction d'appel qu'elle soit intimée ou appelante. »

(190) *Traité élmentaire de procédure civile*, p. 264, n° 313 *in fine*.

(191) Civ., 6 août 1912, D.P. 1913.I.542 ; Civ., 16 février 1925, D.P. 1927.I.31.

(192) Paris, 24 juillet 1923, S. 1925.II.7, cité par Azard, *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, Thèse, Paris, 1936, p. 121.

demeure défendeur en appel (193). Nous ne croyons pas que l'éminent conseiller d'Etat ait voulu limiter l'effet de cette qualité de défendeur à la cause juridique nouvelle, elle doit également jouer sans contestation possible pour l'objet nouveau : la jurisprudence de la Haute assemblée est dans ce sens (194). On remarque cependant ici une particularité importante du contentieux administratif. Comme nous l'avons dit, l'administration est défenderesse en première instance dans la plupart des cas. Il en résulte qu'en appel la théorie des demandes nouvelles ne jouera pas pour l'administration, qu'elle soit appelante ou intimée. Cette règle a été généralisée dans le contentieux fiscal mais un autre fondement lui a été assigné. En cette matière, en effet, « L'administration ne pouvant renoncer au bénéfice des lois fiscales, est en droit d'invoquer pour la première fois en appel tous moyens de nature à faire reconnaître le bien-fondé des impositions contestées » (195). Dans la procédure de droit commun, il ne fait aucun doute que ce soit la qualité de défendeur en première instance qui autorise les demandes nouvelles, la qualité de défendeur à un recours pour excès de pouvoir est, à cet égard, suffisante. Ainsi, dans une décision de section du 6 juillet 1956 (196), le ministre de l'Intérieur *défendeur en première instance* s'était porté *appelant* d'un jugement du tribunal administratif de Nice prononçant l'annulation de l'arrêté de révocation d'un sieur Allemand en retenant la violation des droits de la défense et le défaut d'existence légale de la commission locale d'épuration de la police. En appel, le ministre ne conteste plus les vices de procédure constatés par le premier juge. Il se borne à faire valoir que le sieur Allemand ayant été condamné à la dégradation nationale avant sa révocation, cette condamnation entraînait automatiquement l'exclusion de l'intéressé de son emploi. Le commissaire du gouvernement Heumann constate « cette argumentation est développée pour la première fois en appel ». Il ne la repousse cependant pas avec la théorie de la demande nouvelle. Le Conseil d'Etat suit, dans sa décision, cette même position. Le défendeur en première instance garde donc, même dans le contentieux administratif, cette qualité en appel.

(193) LETOURNEUR (M.), « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », E.D.C.E., 1958, p. 59, v. p. 69.

(194) V. par ex., 18 février 1959, Ville de Roubaix, R.P.D.A. 1959, p. 47. Une ville qui en première instance a conclu au rejet de la demande en garantie dirigée contre elle par la ville de Wattrelos pour le motif qu'elle aurait été mise hors de cause par un arrêté du 4 mai 1953 est recevable à prétendre en appel que la demande principale devait être rejetée à cause du défaut de décision préalable.

(195) 24 janvier 1949, Rec. 33, v. également 24 juin 1935, Ministre des Finances c. sieur X., Rec. 708 et l'étude de M. LASRY, « Le Conseil d'Etat, Juge de l'impôt », E.D.C.E. 1955, p. 58, v. p. 64. V. également le très important arrêt d'Assemblée 13 mai 1960, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture rendu contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement M. Bernard, D. 1961.J.146.

(196) Section, 6 juillet 1956, Ministre de l'Intérieur c. sieur Allemand, conclusions Heumann, Rec. 296.

Ces développements, en même temps qu'ils précisent la notion de défendeur, montrent l'ampleur des pouvoirs qui lui sont accordés pour sa défense : il échappe complètement en ce qui concerne la cause et l'objet de sa demande à la théorie des demandes nouvelles. Il doit remplir une seule condition, qui n'est cependant pas clairement affirmée dans les arrêts du Conseil d'Etat. Sa demande doit viser à écarter totalement ou partiellement la demande de son adversaire.

*
**

107. — Le demandeur en première instance, s'il possède l'initiative de l'instance principale et s'il a le droit d'en fixer le cadre voit ses pouvoirs contrebalancés dans la suite de l'instance par ceux du défendeur. S'il est normal que celui-ci dispose devant les premiers juges d'un droit de réponse qui lui permette de rétablir l'égalité mise en cause par l'initiative du demandeur, on s'est demandé s'il était logique de maintenir ce privilège en appel. M. Azard a affirmé (198) « il paraît assez certain que, s'il arrive souvent un changement dans la défense en appel, le plaideur n'utilise, dans bien des cas, qu'une autre tactique, mise en réserve en première instance. Nous ne pensons pas que l'équité s'opposerait à la suppression de ce privilège de la défense ». Nous estimons que, contrairement à l'opinion de M. Azard, *le privilège de la défense en appel est justifié par la nature même de l'instance.* Le demandeur saisit, en effet, le juge dans l'instance principale d'une prétention, la partie contre laquelle elle est formée se voit justement reconnaître dans cette instance un droit de réplique. Si le juge consacre, en tout ou partie, la prétention du demandeur, elle se portera appelante ; si, au contraire, il la repousse, c'est le demandeur de première instance qui sera appelant et le défendeur aura alors la position d'intimé. Mais, dans les deux cas, et comme en première instance, ce que le défendeur demande, c'est le rejet de la prétention du demandeur. Il se défend contre son admission. Ceci montre de manière indiscutable *l'unité de l'instance.* L'instance dérivée en appel n'est que le prolongement de l'instance principale. *La qualité des parties et la nature foncière de leurs prétentions se maintiennent à travers les différentes phases du procès.* Rappelons simplement que si la phase dérivée commence en appel dans la procédure civile, elle débute, dès l'expiration du délai, dans la procédure administrative contentieuse par suite de la jurisprudence restrictive du Conseil d'Etat.

108. — *b*) *L'extension ou la modification de l'objet de la demande constituent une demande nouvelle.* — Dès que la limite de ce qui avait été demandé, ou sa nature, se modifie, l'irrecevabilité est proclamée par la jurisprudence. Contrairement à ce qui se passe pour la cause, la

(197) Azard, Thèse citée, p. 5.

variation dans l'objet est facile (198) à discerner. Aussi bien, la Cour de cassation que le Conseil d'Etat se refusent ainsi à admettre la possibilité d'élever le chiffre de la demande présentée en première instance (199). Mais, pour ce que certains auteurs qualifient d'objet juridique, la distinction avec la cause se faisant mal, le problème est plus délicat (200). Certaines décisions rendues en matière de procédure civile après 1935 ont prétendu appliquer aux variations de l'objet juridique — c'est-à-dire du droit dont le demandeur réclame la reconnaissance en justice — cette réforme qui concerne essentiellement la cause. Aussi, ce n'est que par une étude approfondie de la notion de cause appliquée par la jurisprudence que l'on peut avoir une idée de la valeur réelle de ces solutions.

109. — C. — *La demande nouvelle par la cause.* — L'on a prétendu exiger du demandeur, en employant la notion de cause, qu'il laisse son argumentation juridique dans un certain cadre, hors duquel les modifications apportées au litige par son changement sont telles qu'il vaut mieux laisser la possibilité de les envisager dans une seconde instance. La notion de cause est importante bien qu'elle ne soit pas fondamentale. En effet, comme nous l'avons observé, l'objet du litige seul, tel qu'il résulte de la demande du requérant, a une importance pour celui-ci. La satisfaction qu'il prétend trouver dans l'instance est son véritable but. La cause n'est que le moyen d'obtenir l'objet. Il ne faut pas alors s'étonner si, en appel, alors que la modification de l'objet de l'instance reste exceptionnelle, celle de la cause est relativement fréquente. Tout doit concourir dans l'esprit du requérant à fonder sa prétention. C'est sans aucune fierté qu'il abdiquera son argumentation initiale ou y ajoutera de nouveaux motifs.

Le caractère abstrait de la notion de cause concourt à la rendre plus délicate. Nous avons indiqué, en effet, que deux notions servent à exprimer le fondement de l'objet de la demande : les moyens et la cause.

(198) 27 janvier 1859, Lemet-Cuvet, Rec., 66 ; 19 mai 1936, Garçon, Rec. 572. Ainsi, le recours présenté dans les délais critiquait la décison du ministre en tant qu'elle lui accordait un rappel insuffisant d'ancienneté pris hors délai le requérant invoqué les rappels accordés à d'autres fonctionnaires « ces conclusions, entièrement distinctes de celles de la requête » sont irrecevables.

(199) 21 mai 1897, Pauwels et Debacker, Rec. 405 ; 11 janvier 1952, Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage, Rec. 31. ; Civ., 18 novembre 1953, Gaz. Pal. 1954.I.76.

(200) Un exemple donné par M. Boyreau (Thèse citée, p. 100) le montre bien. « Nous pouvons encore observer ce même rapport étroit entre la cause et l'objet, par exemple dans une demande en réparation locative substituée à une demande en réparation de dégradations ordinaires. Ces deux demandes diffèrent à la fois dans leur cause et dans leur objet. L'une repose sur l'obligation de restituer la chose louée en bon état à la fin du bail, l'autre sur l'obligation de jouir en bon père de famille au cours du bail. Or, ces deux obligations s'appliquent à des dégradations différentes en ce sens que les réparations locatives sont toujours nettement déterminées et prévues. Les deux demandes n'ont, par conséquent, pas le même objet. »

La définition des moyens est très simple : ce sont les éléments de fait ou de droit qui tendent à constituer la cause ou à en démontrer l'existence. La jurisprudence déclare que tel moyen fait ou ne fait pas partie de la même cause juridique que la demande initiale et qu'à ce titre, il constitue ou non une demande nouvelle. Si l'on trouve donc exprimée la notion de cause dans les décisions de jurisprudence, ce n'est qu'à travers la notion de moyens. La cause est, qu'on le veuille ou non, un groupement de moyens opéré pour des raisons de logique. Elle garde un caractère abstrait puisqu'elle vise justement à traduire ce qu'il y a de commun dans un ensemble de moyens.

Ce caractère abstrait est plus ou moins accentué selon l'instance concrète formée. Il est des domaines où la cause se confond presque avec le moyen. Tout nouveau moyen est, dans ces domaines, considéré comme constituant une demande nouvelle. Il en est d'autres, au contraire, où la cause est très éloignée du moyen, parce que le juge a résolu de grouper sous l'égide d'une même cause plusieurs moyens. *Ce caractère plus ou moins abstrait de la cause dépend du caractère plus ou moins abstrait de l'objet de l'instance.* Si la mesure demandée est purement juridique, l'annulation d'un acte administratif ou la constatation de la nullité d'un contrat, ou qu'elle se retrouve identique, à travers des milliers d'espèces, grâce à certains éléments juridiques, le juge pourra, à l'aide de ces cas d'espèce, dégager un ensemble de moyens faisant partie d'une même cause. Le juge estimera — pour l'instant bornons-nous à le constater de manière très pragmatique — que ces moyens constituent une même cause juridique, lorsque la production de l'un d'entre eux, après l'expiration des délais de recours ou en appel, n'apporte pas un bouleversement considérable dans l'instance. Il se prononce notamment ainsi lorsque cette production n'oblige pas la partie adverse à déployer une argumentation juridique trop différente de celle initialement produite. Si la mesure demandée est au contraire très concrète, ainsi la requête en réduction de la contribution des portes et fenêtres (201), le moyen présenté en première instance l'aura été également. Dans l'exemple cité : erreur matérielle commise relativement au nombre des ouvertures imposables. On conçoit facilement qu'à travers de telles espèces, la généralisation ne naisse point. Aussi, le juge, dans ces domaines, identifie-t-il cause et moyen. Il déclare irrecevable tout nouveau moyen comme constituant une demande nouvelle. En ce domaine, comme parfois dans d'autres, la jurisprudence succombe dans quelques espèces à la tentation de considérer que c'est la disposition de loi invoquée en premier ressort qui est *la cause* de la demande.

Ce n'est donc pas d'une notion de la cause qu'il faudrait parler, mais d'au moins deux. Si la mesure demandée au juge est purement objective, la cause pourra avoir un caractère de généralité suffisant. Si au contraire, l'objet sur lequel on demande au juge de se prononcer im-

(201) 26 novembre 1897, de Charmailles, Rec. 721.

plique une appréciation des droits des parties particulièrement concrète et qui apparaît comme limitée à l'instance en cause, la théorie de la demande nouvelle aura un plus large champ d'application.

Autour de la marge laissée par la loi et la jurisprudence à l'initiative du requérant, se développent ces différentes notions de la cause. Il est des cas où aussi bien la loi que la jurisprudence ont dégagé des catégories logiques de moyens seuls admissibles, pouvant seuls fonder la prétention du requérant ; les tribunaux essaient alors de grouper en cause les moyens ayant des caractères communs. Dans d'autres cas, au contraire, l'initiative des parties n'est pas aussi réglementée ; elle choisit ses moyens librement, mais la disparité, la variété de ceux-ci rendent les généralisations plus précaires pour ne pas dire impossibles.

110. — Avant 1935, les deux jurisprudences s'étaient arrêtées à des solutions analogues. Mais, depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, la solution de la jurisprudence civile est beaucoup plus souple. La jurisprudence administrative hésite à s'engager dans la même voie. Aussi examinerons-nous tout d'abord les positions classiques des deux jurisprudences avant d'en arriver aux bouleversements récents.

111. — A. — *Lorsque l'initiative des parties est limitée, la cause tend à se distinguer des moyens.* — Si on se place au niveau des catégories juridiques — contrat, responsabilité, enrichissement sans cause... — l'on constate aussitôt que toutes ces catégories régies chacune par des principes juridiques propres possèdent leur cause particulière. Ainsi, la demande d'indemnité présentée en première instance, ayant été fondée sur la violation d'un contrat, la demande d'indemnité pour imprévision formulée pour la première fois en appel a le caractère d'une demande nouvelle (202). De même, on ne peut, après s'être fondé en première instance sur la gestion d'affaires, invoquer en appel l'enrichissement sans cause (203). Mais la jurisprudence n'a pas fait œuvre originale en distinguant ces différentes causes. Elle les a simplement calquées sur des catégories que tout droit connaît (204). Son travail d'élaboration est cependant plus poussé. Elle distingue à l'intérieur des différentes catégories juridiques, plusieurs causes. Ainsi, deux contrats ne constituent pas une même cause juridique (205), pour ne point parler des distinctions à l'intérieur d'un même contrat. Certains auteurs ajoutent même qu'il ne faut pas s'en tenir là : « La limite de générali-

(202) 3 mars 1937, Société française des grands travaux de Paris, Rec. 271 ; 18 mai 1956, Société Paul Christofle, Tables, Rec. 736.

(203) Paris, 17 juin 1935, S. 1935.II.231.

(204) Ainsi l'enrichissement sans cause existe également en droit administratif. V. F. Boudet, « La théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif », A.J. 1959.I.77.

(205) Req., 28 juin 1932, D.P. 1933.I.43 ; 28 janvier 1938, Sieur Graindorge et Dame Réaume c. Ville de Meaux, Rec. 102.

sation de la cause doit être plus bas dans la hiérarchie des textes. Dans un même contrat se trouvent souvent une quantité de bases juridiques différentes pour une demande » (206). Ce n'est donc pas dans les catégories juridiques qu'il faut chercher une base de distinction des différentes causes. Nous allons voir qu'elle peut s'opérer grâce à la détermination légale ou jurisprudentielle.

112. — I. — *La position judiciaire.* — Dans plusieurs domaines, le législateur a indiqué, de façon limitative, les moyens qui pourraient justifier la demande, la jurisprudence a alors tenté de regrouper ces différents moyens en cause homogène. Elle a cependant trouvé plus facilement sa voie dans le cas où le contentieux se rapprochait le plus d'un contentieux objectif — cas de l'action en nullité d'un contrat — que dans les autres domaines — comme celui de l'action en divorce — impliquant une appréciation plus concrète (206 *bis*).

— *Le cas de l'action en divorce* est prévu par le Code civil (207). La loi autorise le divorce — ou la séparation de corps — dans trois hypothèses : la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, l'adultère, les excès, sévices ou injures. Il ne fait d'abord aucun doute, malgré l'opinion de M. Labbé (208) que la jurisprudence ne considère pas chaque fait précis invoqué comme une cause distincte. A l'intérieur d'une même cause, les faits nouveaux sont considérés comme de simples moyens (209). La jurisprudence tente même, à l'heure actuelle, de regrouper les différentes causes en une seule. Elle tend à considérer que la cause de divorce est constituée non pas par les faits concrets énoncés par le Code civil, mais par l'atteinte profonde et permanente que ces faits ont portés au lien conjugal en rendant la vie commune intolérable (210). La jurisprudence a cherché, phase par phase, le fondement de l'action en divorce tel qu'il se dégageait des textes. Ceux-ci lui donnaient dès l'abord un premier groupe de trois cas que la jurisprudence a considérés comme trois causes autonomes. A l'intérieur de celles-ci, il ne pouvait y avoir pour elle que des moyens nouveaux. Puis elle a recherché si l'on pouvait assigner un fondement commun à ces trois causes. Dès qu'elle l'a trouvé, ces causes se sont trouvées rabaissées au niveau de simples moyens.

Cette évolution jurisprudentielle montre bien que les notions de cause et de moyens ne sont pas fondamentalement différenciées. Lors-

(206) AZARD, Thèse citée, p. 35.

(206 *bis*) Nous n'étudierons pas le cas de l'action en recherche de paternité prévu par l'article 340 du Code civil.

(207) Articles 229 à 232.

(208) V. *in* LACOSTE, *La chose jugée*, 3e édition, p. 165.

(209) Req., 27 janvier 1902, S. 1903.I.447 ; Civ., 24 décembre 1913, D.P. 1917.I.163.

(210) CARBONNIER J., *Droit civil*, t. I ,Thémis, p. 409. V. Civ., 14 février 1951, D. 1951.254, Rev. trim. dr. civil 1951.431, obs. Raynaud, et l'article de J. CARBONNIER, « La notion de cause de divorce », Rev. trim. dr. civ., 1937, p. 281.

qu'il est possible de dégager un fondement juridique commun, aux actions formées dans la matière en question, la jurisprudence réduit les différentes causes qui pouvaient y exister en une seule. Nous voyons que cette généralisation s'est effectuée plus facilement que dans d'autres domaines grâce à une limitation par le législateur des arguments juridiques pouvant être présentés.

— *Le cas des actions en nullité* n'est pas expressément prévu par notre droit. La loi ne donne pas, en effet, la liste des cas de nullité. Elle fixe seulement les conditions de validité des conventions et actes juridiques. La nullité est encourue lorsqu'une de ces conditions fait défaut (211). A l'origine, la jurisprudence considérait que la cause de l'action en nullité, c'est la nullité elle-même. Aussi, elle admettait que, quel que soit le vice invoqué en premier ressort, tout autre vice atteignant la convention pouvait être invoqué en appel (212) : à l'intérieur de la notion de nullité, il n'y avait que des moyens. Mais cette conception de la cause entretenait une confusion avec la notion d'objet. Comme nous l'avons signalé, dans les cas où l'objet de la demande est purement juridique : la nullité, il peut en arriver à se confondre avec la cause ; ce qui était le cas dans l'espèce. La position à laquelle s'arrêtait la jurisprudence judiciaire manquait d'autre part de logique. Un groupement était effectué par elle entre plusieurs moyens pour constituer une cause, mais aucun fondement commun à ces moyens n'avait été trouvé. Aussi la jurisprudence abandonna-t-elle peu à peu la théorie de la cause unique. Mais la Cour suprême, tout en refusant cette théorie, n'a jamais opté pour la théorie des groupes de clause proposée par les Cours d'appel (213).

Nous pensons que la solution se trouve dans une opinion émise par M. Savatier (214) et appliquée à la matière par M. Mimin (215). L'éminent doyen fait une distinction entre présomptions et règles de fond. La plupart des dispositions de loi font partie à son avis de la première catégorie. Les présomptions de conformité au droit ne sont-elles pas à la base de toutes les incapacités ? Ainsi, le vice du consentement n'est-il pas présumé dans l'incapacité du mineur ou de l'interdit. A partir d'un certain moment, « la plupart de ces présomptions acquièrent une force et une individualité telle » qu'elles ne peuvent plus être considérées comme des règles de preuve. Elles deviennent alors des règles de fond. C'est au moment même où s'opère cette modification que la règle constitue une cause juridique nouvelle. « La cause réside dans toute présomption ayant force de règle ». M. Mimin a fort bien montré comment, à partir de cette distinction, l'on pouvait classer les causes de

(211) V. notamment art. 1108 et suiv., C. civ.

(212) Nancy, 14 novembre 1894, D.P. 1895.II.349 ; Req., 21 février 1899, D.P. 1899.I.512, V. Boyreau, Thèse citée, p. 70.

(213) La jurisprudence est résumée dans une note Cézar-Bru sous Pau, 5 janvier 1898, deux arrêts, D. 1899.II.225.

(214) Note Savatier, D.P. 1928.I.153.

(215) Note Minmin, D.P. 1935.I.17.

nullité. D'une part, l'erreur, le dol et la violence ne sont reçus que s'ils ont eu « une influence démontrée dans chaque espèce » sur le consentement. C'est le trouble du consentement qui constitue la cause commune à ces trois moyens. D'autre part, la lésion constitue une cause autonome de demande car en ce domaine, la présomption a tellement force de règle qu'on articulerait en vain contre elle qu'il n'y a eu ni erreur, ni dol, ni violence.

Si la distinction effectuée par M. Savatier entre présomptions et règles de fond peut paraître arbitraire, elle a néanmoins pour mérite essentiel de montrer comment le passage de la notion de moyen à la notion de cause s'effectue. Ce que M. Savatier appelle la règle, c'est en fait le fondement autonome. Chaque fois que le juge est arrivé à dégager dans une matière un fondement autonome des règles ou d'une partie des règles existant dans ce domaine, il crée une cause nouvelle.

113. — II. — *La position administrative.* — Nous étudierons ici essentiellement le contentieux de l'excès de pouvoir. Ce contentieux objectif dans lequel la jurisprudence et surtout la doctrine ont distingué des cas d'ouverture distincts pouvant seuls justifier un recours apparaît comme le domaine d'élection d'une théorie de la cause (216). La jurisprudence, après avoir affirmé de manière claire l'existence de la cause de l'excès de pouvoir par sa décision Intercopie, s'est efforcée de ne pas donner une rigidité excessive à l'instance, en considérant chaque cas d'ouverture du recours comme une cause distincte. Elle s'est efforcée de regrouper les causes d'ouverture ayant un même fondement (217). A l'heure actuelle, ce regroupement est chose faite « seules les prétentions basées sur la légalité interne de l'acte attaqué reposent sur une cause juridique distincte de celles fondées sur la légalité externe de l'acte et inversement (218). »

*La jurisprudence* distingue, en effet, nettement légalité interne et légalité externe. Font ainsi partie de causes différentes un moyen tiré d'un vice de forme et un moyen invoquant l'illégalité de la décision attaquée (219) ou encore, un moyen invoquant le détournement de

(216) V. à ce sujet la thèse de B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Aix, 1958, pp. 321 et suiv. ; LETOURNEUR M., « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », E.D.C.E. 1958, p. 59.

(217) GAZIER, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », E.D.C.E. 1951, p. 77.

(218) LETOURNEUR M., Etude précitée, p. 69.

(219) Section, 20 février 1953, Société Intercopie, Rec. 88, irrégularité de la composition d'une commission, puis illégalité de la décision invoquée hors délai. Assemblée, 15 juillet 1954, Société des Aciéries et Forges de Saint-François, Rec. 482, illégalité, puis le fait que les décrets contestés n'ont pas été précédés d'un avis exigé en la matière, est invoqué hors délai. Section, 1er juilet 1955, Brenier, Rec. 376 ; 25 février 1955, Syndicat national du commerce des métaux, Rec. 122 ; A.J. 1956.II.164, conclusions Kahn ; 12 février 1958, sieur Valade, Rec. 93.

pouvoir ou la violation de la loi — rétroactivité — après l'expiration des délais alors que la requête initiale se prévalait essentiellement d'un vice de forme — en l'espèce, des irrégularités de procédure (220). Le requérant n'est pas recevable après s'être prévalu de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué à invoquer hors délai l'illégalité de cet acte (221). De même, le Conseil d'Etat considère que si l'on ne s'est pas prévalu devant le Conseil de préfecture d'irrégularités de formes, on ne peut ensuite soutenir devant lui que les faits ayant servi de fondement à la sanction prise sont matériellement inexacts — défaut de motif légal (222). En revanche, il estime que le moyen tiré de la rétroactivité relève bien du cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir que constitue la violation de la loi (223), qu'un moyen concernant la qualification juridique des faits ne constitue pas une demande nouvelle par rapport à un moyen tiré du détournement de pouvoir (224). La Haute Assemblée vient enfin d'affirmer dans une décision Bilger (225), à propos de l'autorité de la chose jugée il est vrai, mais la solution peut être transposée sur le terrain de la demande nouvelle, qu'un moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de la décision attaquée re-

(220) 19 mars 1954, Chambre de commerce de Brazzavile, Rec. 167, ou réciproquement, Goumin, 25 avril 1956, Tables, Rec. 725.

(221) Section, 23 mars 1956, dame Veuve Ginestet, Rec. 141, A.J. 1956.II.164, conclusions Kahn.

(222) Section, 28 octobre 1955, sieur Gervais, Rec. 504.

(223) 14 février 1958, sieurs Perret et Chamley, R.D.P. 1958, p. 991, conclusions Long.

(224) 17 février 1956, Destresse, Tables, Rec. 725.

(225) 25 juin 1958, sieur Bilger, R.D.P. 1959, p. 108, note Waline (concernant également une deuxième décision du 20 juin 1958, sieur Guimezanes). Le sieur Bilger avait présenté un premier pourvoi devant la Haute Assemblée en se fondant notamment sur la méconnaissance des droits de la défense. La loi d'amnistie du 6 août 1953 ayant rouvert les délais, le requérant saisit le Conseil d'une autre demande à l'encontre de la même décision en se fondant des irrégularités de forme de la décision attaquée et sur l'incompétence de l'auteur de cette décision. Le Conseil d'Etat déclare que l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la première décision du Conseil d'Etat « s'opposait à ce que le sieur Bilger invoquât, à l'appui de sa demande dirigée contre la même décision ministérielle, des prétentions fondées sur la même cause juridique et tirées, soit d'irrégularité de forme de la décision attaquée, soit de l'incompétence de l'auteur de ladite décision ». Il résulte donc de cette décision qu'un moyen tiré de l'incompétence et un autre tiré du vice de forme relèvent d'une même cause juridique. M. le Professeur Waline a soutenu dans sa note que « l'arrêt Bilger affirme donc que n'importe quel moyen d'excès de pouvoir est fondé sur la même cause juridique que n'importe quel autre. En d'autres termes, il affirme l'unité de la notion de pouvoir ». Pour que cette conclusion soit exacte, il faudrait admettre, bien que l'argumentation de l'éminent professeur ne le précise pas, que l'incompétence soit un moyen de légalité interne. Le Conseil d'Etat en déclarant qu'un moyen de légalité interne et un moyen de légalité externe — vice de forme — relèvent du même cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir aurait alors indiscutablement établi l'unité de la cause d'excès de pouvoir. Or, cette question n'est pas encore tranchée. Comme l'a justement remarqué M. Kornprobst (Thèse citée, p. 350) « l'incompétence constitue une sorte de présomption irréfragable d'illégalité au fond alors que les autres illégalités externes sont des présomptions simples ».

lève du même cas d'ouverture d'excès de pouvoir qu'un moyen tiré du vice de forme.

En définitive, la jurisprudence distingue l'illégalité externe : incompétence et vice de forme, de l'illégalité interne : violation de la loi, défaut de motif légal, détournement de pouvoir. Elle distingue donc deux grandes causes juridiques dans le recours pour excès de pouvoir, quelles sont-elles ?

Le commissaire du gouvernement Kahn a distingué (226) ces deux causes par leurs effets. Tandis que l'acte annulé pour illégalité externe pourrait être refait par l'administration après observation des formes légales, l'acte annulé pour illégalité interne ne pourrait, au contraire, être refait. Mais, ce critère n'est pas absolu. D'une part, comme l'a fait remarquer M. Kornprobst, pour savoir dans quelle mesure l'acte peut être refait, il faut se reporter à la cause de l'arrêt d'annulation. « Définir la cause de l'annulation par ses effets et les effets de l'annulation par sa cause apparaît donc comme une explication en forme de trompe-l'œil » (227). D'autre part, l'annulation pour illégalité interne de l'acte n'interdit pas toujours à l'administration de refaire l'acte (228). Ainsi, lorsque l'administration découvre un autre texte qui pourrait justifier légalement l'acte, rien ne lui interdit de le refaire. Il arrive même que le Conseil d'Etat indique à l'administration dans sa décision d'annulation le texte qui lui permettra de prendre une même disposition (229). On ne peut donc retenir la distinction proposée par le commissaire du gouvernement Kahn.

M. Kornprobst a appliqué dans le domaine de l'excès de pouvoir, la distinction proposée par le doyen Savatier pour la procédure civile. Pour lui, en effet, il faut considérer comme exprimant une cause contentieuse unique l'ensemble des moyens relatifs à une illégalité externe de l'acte attaqué, car la règle juridique qu'ils font valoir est la même : une présomption d'illégalité ; ils sont simplement la manifestation que, au fond, l'acte attaqué doit être illégal. Les moyens de légalité interne forment de leur côté une cause juridique unique. Ils tendent, en effet, à démontrer l'illégalité au fond. Cette distinction conforme aux solutions de la jurisprudence, l'explique de manière

(226) Conclusions sur Dame Veuve Ginestet, précitées.

(227) KORNPROBST, Thèse citée, p. 347, cf. WEIL P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Thèse. Paris, 1952, p. 48.

(228) FOURNIER et BRAIBANT, « La notion de cause dans le contentieux de la légalité », A.J. 1956.II.223.

(229) Section, 25 octobre 1957, Chambre syndicale nationale du Commerce, de la réparation du garage, de l'entretien et du ravitaillement de l'automobile, A.J. 1957.II.480, « s'il appartenait au gouvernement, en vertu des dispositions de l'article 7 de la loi du 17 août 1948 de réglementer par décret, pris selon la procédure prévue à l'article 6 de la même loi, la répartition du carburant pour les automobiles, il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que les dispositions de l'article premier du décret du 25 janvier 1943 qui avaient cessé d'être applicables lorsque sont intervenus l'arrêté et la circulaire attaqués, ne donnaient pas au Secrétaire d'Etat à l'Industrie et au Commerce le pouvoir d'instituer, comme il l'a fait par lesdites décisions, un régime de répartition de l'essence ». V. sur cette décision la chronique Fournier et Braibant, A.J. 1957.II.495.

remarquable. Les regroupements effectués par la Haute Assemblée entre les causes d'ouverture s'éclairent ainsi. L'on ne peut manquer de comparer la portée de la solution retenue ici avec celle dégagée en procédure civile et appliquée notamment à propos des actions en nullité dans cette matière.

⁂

114. — La position des juridictions administrative et judiciaire, lorsque la loi ou la jurisprudence ont déterminé des ouvertures précises de recours, favorise un regroupement logique des différents moyens en cause unique. Ce regroupement a une importance certaine : il permet de percevoir comment les juridictions essaient de trouver un fondement unique à une matière et de l'ériger en cause. Il ne faut pas cependant lui attribuer, à notre avis, une portée absolue. Il signifie simplement que deux moyens qui ne relèvent pas de la même cause juridique sont irrecevables, présentés après l'expiration des délais ou en appel. Il n'interdit pas le groupement à l'intérieur d'une même cause juridique générale, des différents moyens qui constitueront chacun une cause juridique distincte. Il ne faut pas croire ainsi qu'à l'intérieur de la cause juridique de légalité interne (illégalité au fond) les différents moyens constituent une seule cause. On ne peut, par exemple, après avoir invoqué, à l'appui de son recours, un moyen tiré de la violation de la loi du 7 février 1953 sur la réparation des préjudices de carrière, se prévaloir en appel de l'article 85 de la loi du 7 février 1953, ces conclusions présentées pour la première fois devant le juge d'appel ne sont pas recevables (230). Notre recherche doit donc s'approfondir à l'étude de tous les cas où l'initiative des parties n'est pas limitée. Nous constaterons que la généralisation est alors plus difficile : la cause tend à s'identifier avec les moyens.

115. — *b*) *Lorsque l'initiative des parties n'est pas limitée, la cause tend à s'identifier avec les moyens.* — L'appréciation de la notion de cause par le juge apparaît ici comme irrationnelle et reflète la plus grande incertitude. Les tribunaux tendent à confondre le terrain juridique sur lequel s'était placé le requérant en première instance avec la cause juridique même du débat. La cause est affaire de généralisation : il faut que dans une matière donnée, le juge dégage le principe juridique fondamental qui l'ordonne et qu'il l'érige en cause. Mais tout dépend de ce qu'on entend par « matière » donnée. On peut la concevoir selon un critère plus ou moins général : contrat, louage, locaux commerciaux ou d'habitation, dispositions invoquant le main-

(230) Section, 6 décembre 1957, sieur Malet, Rec. 659. V. également, Section, 16 janvier 1959, Pailloux, note Gilli, D. 1959, p. 419 : cette dernière décision a cependant été rendue dans le domaine de l'autorité de la chose jugée.

tien dans les lieux. Voilà quelques domaines où l'on peut concevoir une unité ou une diversité de cause dans une matière qui est fondamentalement la même.

La cause souffre d'une autre incertitude. Elle est, nul ne le conteste, le dégagement d'un principe commun à un ensemble de moyens et qui les distingue d'autres moyens. Mais ce principe traduit justement les règles communes à une matière donnée. Lorsque les moyens de la demande sont alors relatifs à des matières, des catégories juridiques connues et différentes, le juge déclarera qu'ils sont relatifs à des causes différentes. Lorsque les moyens, à l'intérieur d'une même cause juridique, sont relatifs à des principes juridiques différents dégagés par la loi ou la jurisprudence, le juge estimera de même qu'ils relèvent de causes juridiques différentes. Ainsi, en matière de responsabilité civile, c'est au moment où la Cour de cassation a donné un fondement distinct à l'article 1384 du Code civil : le risque, que l'on a considéré que des demandes basées l'une sur l'article 1382 de ce Code, l'autre sur ce même article 1384, relevaient de causes juridiques distinctes (231). De même, le Conseil d'Etat a dégagé le principe que toute illégalité constitue une faute. Cela lui permet d'admettre qu'invoquer à l'appui d'une requête la faute dans un acte juridique, tel qu'une délibération de commission administrative d'hospice, ou invoquer l'illégalité de cet acte, aboutit à donner une même cause juridique à la demande (232).

Mais, dans d'autres hypothèses, la jurisprudence se rebelle à la généralisation. Quasiment tous les moyens nouveaux constituent des causes indépendantes. En ce sens, la notion de cause n'a plus un caractère d'abstraction suffisant qui lui permette de se distinguer du moyen, elle se confond avec lui. Les solutions pratiques procèdent d'une telle conception dans deux cas.

D'une part, il y a certains domaines du contentieux trop récemment formés pour que la jurisprudence ait eu le temps de faire œuvre créatrice.

D'autre part, et cette deuxième espèce est liée à la précédente, certaines questions posées au juge mettent en question l'application de lois extrêmement spéciales ou de dispositions de lois sans aucun lien les unes avec les autres, provoquant des cas très concrets. *Le juge est alors tenté de confondre la cause avec la disposition légale précise invoquée par le requérant dans sa première argumentation.* Nous avons exposé comment, même en excès de pouvoir, le juge succombait à cette tentation. Il suffira de citer encore une espèce, Société anonyme « Le Cottage d'Athis » (233). Un contribuable avait, en

(231) Civ., 24 mai 1917, S. 1917.I.265. Req., 9 juin 1928, D. 1928.I.153. V. Brochen Y., *La notion de cause dans les actions en responsabilité civile*, Thèse, Lille, 1933.

(232) 3 décembre 1958, Boutin, R.D.P. 1959, p. 756, note Waline.

(233) 3 février 1900, Société anonyme « Le Cottage d'Athis », Rec. 100.

première instance, présenté une demande en décharge des contributions foncières et des portes et fenêtres en invoquant des exemptions prévues par la loi. Tout en maintenant le même objet à sa demande, il se prévaut en appel de l'exagération de la valeur locative assignée à ses constructions. Le Conseil d'Etat considère que cette réclamation est « distincte et nouvelle » et la repousse à ce titre comme ayant été présentée en appel.

C'est donc dans la plus grande équivoque que se développe la cause dans le contentieux administratif à l'heure actuelle. La jurisprudence civile avant le décret-loi du 30 octobre 1935 ne reflétait pas une plus grande clarté. Nous allons à présent examiner à la faveur de l'étude de cette réforme, s'il est possible d'envisager une simplification de la notion de cause dans le contentieux administratif.

c) *La suppression de la notion de cause en procédure civile et ses répercussions dans le contentieux administratif.*

116. — *La réforme apportée en procédure civile par le décret-loi du 30 octobre* 1935. — L'article 464 du Code de procédure civile précise à présent que « ne pourra être considérée comme nouvelle, la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents ». Comme nous le disions en commençant, il est un moment où la difficulté juridique atteint l'absurde. Et la notion de cause en était arrivée à ce point là. Devant l'impossibilité de la retrouver à travers les différents cas d'espèce, les auteurs du décret-loi l'ont supprimée.

La difficulté n'était cependant que repoussée, il fallait trouver un supplétif à cette notion qui permette d'obliger les parties à maintenir leur prétention dans un certain cadre. Aussi, les auteurs ont-ils exigé que la demande nouvelle *procède directement de la demande originaire.* Comme l'a remarqué M. Boyreau, « la cause ne pouvant plus être prise en considération, il reste que seul le « fait » qui a suscité l'action peut être pris comme base de la limitation » (234). Ainsi, dans une action en paiement d'effets, le fait générateur est le non-paiement ; dans une action en responsabilité civile, c'est le fait dommageable. Lorsqu'un demandeur invoque alors, en première instance, le dol et la violence pour demander la nullité d'une vente, le fait générateur de son action est le vice du consentement. Il ne peut invoquer, par conséquent, en appel, la rescision pour lésion. Cette deuxième demande se fonde, en effet, sur l'existence matérielle de la lésion (235).

On ne peut cependant manquer de remarquer que *ces solutions*

(234) Boyreau, Thèse précitée, p. 95.
(235) Civ., 2 janvier 1951, Bull. civ. 1951.I.4.

*réintroduisent indirectement la notion de cause.* En effet, si dans certains domaines le fait générateur est facile à dégager parce que purement matériel — le fait dommageable en matière de responsabilité — il implique dans d'autres une appréciation juridique. On voit mal ce qui le distingue alors du fondement juridique de la demande. Il n'y a pas, en effet, antinomie de nature entre fait générateur et cause. La notion de fait générateur se veut cependant placée à un plus haut degré de généralité : elle est la cause générale que nous avons rencontrée dans plusieurs espèces. *C'est une directive adressée au juge de concevoir la cause de manière aussi générale que possible.* La jurisprudence a obéi à cette directive. Rares sont les demandes rejetées parce qu'elles ne procèdent pas directement de la demande originaire. Aussi peu fréquentes sont celles repoussées parce qu'elles ne tendent pas aux mêmes fins que la demande initiale (236).

117. — *La réforme de l'article* 464 *a-t-elle eu des échos dans le contentieux administratif ?* — Le juge administratif, à l'ordinaire si enclin à appliquer l'article 464 du Code de procédure civile dans ses autres dispositions, ne l'a jamais invoqué à propos des demandes nouvelles par la cause. On conçoit alors aisément qu'on ne trouve pas plus souvent dans ses arrêts, de référence à la réforme du 30 octobre 1935. Malgré ce défaut de références formelles aux textes du Code, il a toujours invoqué les principes appliqués par les juridictions civiles. On doit souhaiter qu'il s'engage dans la voie sur laquelle s'oriente la procédure civile. Le regroupement des causes auquel la Haute Assemblée a procédé, au point de vue des ouvertures du recours pour excès de pouvoir, est un pas dans ce sens. Mais ce pas est aussi un pas de l'oie. En faisant d'une disposition légale la cause d'une demande, elle refait le chemin inverse.

Ces solutions sont dictées au Conseil d'Etat, à la fois par l'encombrement de ses rôles et par l'incertitude de la notion de cause. On ose espérer qu'il les modifiera pour donner de cette notion un contenu plus intelligible aux plaideurs. La Haute Assemblée, tout en veillant à ce que les différentes demandes gardent un lien entre elles, doit invoquer le plus rarement possible la notion de demande nouvelle par la cause. Elle s'alignera ainsi sur la solution de procédure civile.

118. — *Conclusion sur la notion de demande nouvelle.* — En l'état actuel des choses, et malgré la ressemblance des dispositions appliquées dans les deux procédures, il faut retenir cette plus grande souplesse de la position civile dans l'interprétation de la notion de cause. L'instance administrative est encore plus sévèrement délimitée que l'instance civile. On se rappellera, d'autre part, que la notion de cause

(236) V. Poitiers, 21 juin 1938, S. 1939.II.4.

est invoquée beaucoup plus souvent dans le contentieux administratif qu'une procédure civile. Dans cette dernière matière, elle ne joue qu'au stade d'appel. En procédure administrative contentieuse, elle est invoquée dès l'expiration des délais de recours. Tout se passe, dans cette expiration, comme si l'instance dérivée en appel était déjà née. Toutes ces originalités de la procédure administrative sont critiquables.

Il existe cependant une dernière particularité du contentieux administratif qui ne dérive pas d'une solution originale de la procédure administrative contentieuse. Un même principe appliqué de manière identique dans les deux procédures produit un résultat différent. Dans les deux matières, la théorie de la demande nouvelle n'est pas opposable au défendeur. Or, en droit administratif, l'administration occupe, dans la plupart des cas, ce poste dans l'instance. La généralisation du double degré de juridiction ne modifie rien au principe puisque seule la qualité de défendeur en première instance importe. La faveur dont bénéficie le défendeur ne peut alors manquer d'apparaître comme un privilège accordé à l'administration. Un assouplissement de la théorie de la demande nouvelle qui jouerait donc pour le demandeur n'en est que plus urgent.

119. — *Conclusion générale sur l'instance dérivée en appel.* — Une multitude de règles communes aux deux procédures ont été dégagées. La position de la jurisprudence administrative est cependant beaucoup plus stricte que celle de la jurisprudence civile dès qu'il s'agit d'adopter une solution qui permette d'étendre les limites de l'instance.

L'irrecevabilité des conclusions principales de l'appelant incident, l'irrecevabilité largement entendue des demandes nouvelles en sont les deux illustrations essentielles. Aucun argument logique ne peut justifier cette position. Ni l'exigence de délai, ni celle de décision préalable n'autorisent de telles conclusions. En un mot, aucune considération propre au contentieux administratif ne peut valablement être mise en avant.

### § II. — Pouvoirs respectifs des parties dans l'instance dérivée en cassation.

120. — Le prolongement de l'instance principale en instance en cassation ne peut que renforcer l'immutabilité du litige. En première instance, aussi bien qu'en appel, le juge, saisi par les parties, garde la possibilité de rejuger l'affaire dans tous les éléments qui lui sont soumis. Il ne peut, dans l'instance dérivée en cassation, que se pro-

noncer sur la légalité juridique (237) de la sentence des juges inférieurs. Les arguments que les parties ont la possibilité de lui soumettre connaissent donc une limitation analogue ; seuls les moyens de droit peuvent être soumis au juge de cassation. Il ne servirait à rien, en effet, de permettre aux parties de développer toute leur argumentation puisque le juge n'est à même d'en examiner qu'une partie.

La théorie de la demande nouvelle connaît donc, dans l'instance dérivée en cassation, un développement nouveau. *L'interdiction d'élargir le cadre de l'instance principale s'y applique même aux moyens,* s'ils sont de fait. Le Conseil d'Etat consacre d'ailleurs, même dans ce domaine, une interprétation très restrictive. Il ne manque pas ainsi d'entretenir la rigidité de l'instance qu'il s'est plu à renforcer dès l'expiration du délai de recours. Sa sévérité, comme celle de la Cour de cassation, s'atténue cependant lorsque les moyens concernent la légalité de la décision attaquée. Le requérant était, en effet, dans l'impossibilité de les faire valoir plus tôt.

Les deux jurisprudences admettent également que les parties puissent soulever des moyens particulièrement importants qualifiés de moyens d'ordre public. Ces moyens auraient pu être soulevés par le juge *proprio motu.* On comprend donc que les parties soient mises à même de les invoquer.

1° *L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant le juge de cassation.*

121. — *La position de la Cour de cassation.* — La Cour suprême part du principe que l'immutabilité du litige est absolue devant elle. Elle ne peut apprécier, en effet, la légalité d'un jugement ou d'un arrêt en fonction de nouveaux arguments des parties (238). Ce principe est appliqué rigoureusement par la Cour de cassation (239). Si elle accepte parfois de considérer que le moyen nouveau était contenu implicitement dans les conclusions de première instance (240), sa jurisprudence concernant les moyens de droit illustre bien cette sévérité.

La Cour de cassation proclame la recevabilité des moyens nou-

(237) Marty G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait,* Thèse, Toulouse, 1929. Peiser G., *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel,* Thèse, Nancy, 1957, pp. 298 et suiv. Jacquemart D., *Le Conseil d'Etat, Juge de Cassation,* Thèse, Lille, 1956, pp. 182 et suiv.

(238) Req., 2 décembre 1844, D.P. 1845.I.42 ; Req., 20 décembre 1864, D.P. 1865.I.24. V. également, Civ., 30 novembre 1925, Gaz. Pal. 16 décembre 1925, note Japiot.

(239) V. l'article de Le Clech, « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », J.C.P. 1951.I.939.

(240) Civ., 8 décembre 1908, D.P. 1909.I.465.

veaux de pur droit (241). C'est là une exception notable au principe de l'immutabilité absolue dans l'instance dérivée en cassation. Toutefois, le principe réapparaît dans l'application que notre Cour suprême fait de la notion de moyen de droit. De tels moyens ne sont, en effet, recevables que lorsque le juge qui a rendu la sentence attaquée a été à même de connaître les faits qui leur servent de base afin d'en vérifier la portée. Ainsi, la question relative aux pouvoirs donnés par les cohéritiers à celui qui s'est présenté en leur nom est une question de fait : elle ne peut donc être soulevée pour la première fois au soutien d'un moyen de droit devant la Cour de cassation (242). C'est là une entorse à l'exception qui ramène au principe.

Il y a, en effet sous-jacent dans toute cette jurisprudence, le rappel des pouvoirs du juge. L'immutabilité ne devrait pas connaître d'exceptions devant la Cour suprême. Le juge peut cependant soulever d'office certains moyens de pur droit. Les parties ne comprendraient pas qu'on leur refuse une même prérogative. Il n'empêche qu'elle est calquée et conçue à la limite des pouvoirs du juge.

122. — *La position du Conseil d'Etat.* — Dans la jurisprudence de la Haute Assemblée, les moyens nouveaux sont également déclarés irrecevables (243). Le Conseil d'Etat introduit néanmoins dans l'application qu'il fait de la notion de moyen de droit des éléments caractéristiques. Les moyens de droit ne sont, en effet, déclarés recevables, devant le juge de cassation, que dans la mesure où ils ont été préalablement présentés au juge de fond.

Le Conseil d'Etat, juge de cassation, n'a jamais fait mention expresse dans ses décisions d'un moyen de droit recevable comme tel. Il recherche, en effet, si le moyen a été soumis au juge du fond ou s'il est d'ordre public. Si une réponse négative est apportée à ces deux questions, il déclare le moyen irrecevable. Ainsi affirme-t-il dans une espèce jugée le 10 juillet 1954 « qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la Commission nationale (des accidents du travail) que ces moyens n'ont pas été soumis à cette juridiction ; qu'ils n'ont pas le caractère de moyens d'ordre public ; que, par suite, présentés pour la première fois devant le juge de cassation, ils ne sont pas recevables (244).

L'interdiction de présenter tout moyen nouveau est donc énoncée par cette jurisprudence.

(241) Civ., 4 décembre 1929, S. 1931.1.361, note Aubert.

(242) Civ., 26 juin 1953, D. 1953.J.715. V. également, Civ., 29 avril 1943, Gaz. Pal., 21 décembre 1943 ; Civ., 17 février 1950, D. 1950.J.278.

(243) 27 juin 1919, Viallat et fils, Rec. 561 ; 12 décembre 1923, Gazonnaud, Rec. 825 ; 6 mai 1925, Gillert et autres, Rec. 437.

(244) 10 juillet 1954, Neptune, Rec. 476 ; de même, Commission supérieure de cassation des pensions, 5 novembre 1958, Dame Veuve Raspaud, Rec. 527 : « Considérant que si la prestation de serment est une formalité substantielle elle n'est pas d'ordre public : qu'en admettant que l'expert n'ait pas prêté serment devant le tribunal départemental, les parties n'ont soulevé aucun moyen sur ce

123. — Une fois de plus, la rigidité de l'instance se trouve fixée à un degré plus élevé dans la procédure administrative que dans la procédure civile. Cette rigidité est due à plusieurs causes. Tout d'abord l'éloignement dans le temps de l'instance dérivée en cassation vis-à-vis de l'instance principale rend encore plus perceptible l'expiration du délai. D'autre part, et surtout, les pouvoirs du Conseil d'Etat, juge de cassation sont, comme nous le verrons, plus réduits que ceux de la Cour de cassation. Notamment, comme l'a remarquablement mis en évidence le Professeur Waline (245) alors que la Cour de cassation contrôle la qualification donnée aux faits, le Conseil d'Etat se l'interdit : « Qualifier un fait, c'est déclarer qu'il entre dans une certaine catégorie juridique, c'est-à-dire une certaine catégorie de faits ou de situations auxquels le droit attache des conséquences juridiques ». Si l'opinion du Professeur Waline doit être nuancée, comme nous le verrons dans l'étude des pouvoirs du juge de cassation, elle donne la clef du problème de l'irrecevabilité des moyens de droit. En matière civile, la recevabilité des moyens nouveaux en cassation était dictée par l'étendue des pouvoirs du juge. La restriction de ces pouvoirs quant au droit, provoque une irrecevabilité totale des moyens nouveaux devant le Conseil d'Etat, juge de cassation.

2° *La recevabilité exceptionnelle des moyens nouveaux devant le juge de cassation.* — Dans ce domaine également, la recevabilité des moyens s'apprécie en fonction des pouvoirs du juge.

Il est tout d'abord légitime de permettre aux parties de faire valoir des moyens tirés de l'irrégularité de la décision attaquée : le requérant n'aurait pu, en effet, les invoquer devant le juge auteur de cette décision, puisqu'ils n'étaient point encore nés. Bien souvent, le pourvoi en cassation n'a d'ailleurs d'autre but que d'invoquer cette prétendue irrégularité (246). De même, si un moyen, bien que non expressément soulevé devant les juges, a été jugé d'office par ceux-ci, il est recevable devant le juge de cassation. Conseil d'Etat et Cour de cassation s'accordent sur ce point (247). A l'extension des pouvoirs du juge, correspond un accroissement corrélatif de la possibilité pour les

point devant ledit tribunal et, d'ailleurs, pas davantage devant la cours régionale, et qu'elles auraient ainsi acquiescé implicitement à la dispense de serment ; que la Dame Veuve Raspaud n'est pas recevable à soulever directement un tel moyen devant le juge de cassation. » Si M. Peiser peut citer (pp. 302-303) deux décisions où cette jurisprudence est moins nettement formulée (25 juin 1948, Brillaud, Rec., 293 ; 9 juillet 1948, Fiancette, Rec. 319) les deux décisions Neptune et Raspaud enlèvent tout doute quant à la solution adoptée.

(245) *Droit administratif*, 8e édition, p. 232, n° 383.

(246) Civ., 14 novembre 1886, D.P. 1887.I.159 ; 27 octobre 1951, D. 1952, Sommaire p. 11.

(247) Civ., 28 avril 1903, 1re esp., D.P. 1903.I.414 ; Civ., 13 janvier 1919, D.P. 1922.I.150. Commission spéciale de Cassation des pensions, 28 novembre 1951, Decharne, Rec. Tables 786.

parties de présenter des moyens nouveaux. La recevabilité des moyens d'ordre public est inspirée, *du moins en principe*, par le même ordre de considérations.

124. — A. — *La découverte des moyens d'ordre public* (248). — Procéduralement, les moyens d'ordre public se découvrent dans les arrêts justement parce qu'ils sont recevables en appel ou en cassation (ou encore en procédure adminitrative contentieuse après l'expiration des délais) et, réciproquement, parce que le juge, notamment celui de cassation, peut les soulever d'office. La découverte des moyens d'ordre public est cependant beaucoup plus difficile que cette simple équation pourrait le laisser supposer.

Lorsque les parties ne soulèvent pas le moyen d'ordre public, la décision du juge peut ne pas laisser percer que l'existence d'un tel moyen a été mise en question. Si une juridiction est tenue de se prononcer expressément sur tous les moyens dont elle est saisie, elle ne doit pas, en revanche, se prononcer obligatoirement sur les moyens d'ordre public qui ne sont pas soulevés devant elle. Ces moyens, s'ils ne sont pas accueillis, peuvent alors être rejetés sans que soient énoncés les motifs qui justifient ce rejet (249).

125. — Malgré les apparences, une dissociation s'est opérée entre les moyens d'ordre public que le juge peut examiner d'office et ceux que les parties ont le droit de soulever. La possibilité pour les parties de faire valoir des moyens d'ordre public n'est donc plus calquée sur les pouvoirs du juge. Ceci est particulièrement exact en procédure civile.

Le caractère fondamental et d'intérêt général de la règle en jeu est parfois moins évident en matière civile. Comme l'a très justement fait remarquer M. Malaurie (250), il arrive que le juge érige en intérêt public ce qui n'était qu'intérêt privé sans que les pouvoirs du juge ne se trouvent accrus. Ainsi, un incapable peut demander la nullité d'un acte procédural qu'il a accompli avec des pouvoirs insuffisants en tout état de la procédure et même pour la première fois devant la Cour de cassation (251). Il s'agit donc bien là d'un moyen d'ordre public. Mais une autre partie que l'incapable ne peut se prévaloir de

(248) Malaurie P., « Ordre Public », *Encyclopédie Procédure Civile et Commerciale* ; note sous Civ., 18 mars 1955, D. 1956.J.517. Heurté A., « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », R.D.P. 1953, p. 615.

(249) Conclusions Lasry sur Section, 23 mars 1956, sieur X., D. 1957.J.150. Conclusions Lasry sur 10 mai 1957, Sous-Secrétaire d'Etat à la Marine Marchande c. Commune de Saint-Brévin-les-Pins, A.J. 1957.II.246. V. également Mimin, « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », J.C.P., 1946.I.542.

(250) Note précitée.

(251) Civ., 29 octobre 1912, D.P. 1913.I.296 ; Civ., 2 juillet 1924, D.P. 1926.I.122.

la nullité (252) et, surtout, le juge n'a pas le droit de soulever d'office l'exception tirée de l'irrégularité procédurale (253).

126. — En droit administratif, aucun exemple ne peut être donné d'une telle dissociation entre pouvoirs du juge et des parties. Il arrive parfois que le Conseil d'Etat omette de statuer sur un moyen d'ordre public (254). Jamais, cependant, la Haute Assemblée n'a décidé que tel moyen dont les parties ont la possibilité de saisir le juge ne peut être soulevé d'office par celui-ci. Les commissaires du gouvernement, lorsqu'ils soulèvent un moyen d'ordre public, s'empressent d'ajouter que la question *devait* être examinée (255). On ne trouve pas d'exemple dans le contentieux administratif, comme en procédure civile, de règles d'intérêt privé érigées en principes d'ordre public.

127. — B. — *Le champ d'application des moyens d'ordre public.* — Dresser la liste des moyens d'ordre public est une opération difficile. Son étendue varie, en effet, selon le caractère plus ou moins d'ordre public de la matière en cause. Ainsi, devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, le moyen tiré de la prescription de l'action civile doit être soulevé d'office par les juges répressifs tandis qu'il est interdit aux juges civils de statuer sur ce point en dehors de toute conclusion des parties (256). En matière administrative, le contentieux fiscal se caractérise (257), notamment, par une prolifération des moyens d'ordre public. Aussi, limiterons-nous notre recherche, aussi bien en procédure civile qu'administrative, à la notion ordinaire des moyens d'ordre public. L'étude des arrêts permet de constater que deux grandes catégories de moyens d'ordre public sont essentiellement invoquées. D'une part, les règles relatives à l'introduction des pourvois et à la compétence du juge saisi qui sont la condition du pouvoir de statuer du juge. D'autre part, le champ d'application de la loi doit être respecté : le juge n'a pouvoir de statuer que dans le cadre de la législation en vigueur.

(252) Civ., 31 octobre 1934, D.P. 1935.I.52, note Carbonnier.

(253) Civ., 6 avril 1898, D.P. 1898.I.305.

(254) C'est ce que révèlent les conclusions Guionin sur 12 juillet 1955, Grundberg, Rec. 407. Le Conseil d'Etat avait, dans une première décision, examiné, en ce qui concerne l'application d'une loi d'amnistie, si les faits commis par le sieur Grundberg n'étaient pas contraires à l'honneur, mais il n'avait pas examiné — ce qu'il fera dans la décision du 12 juillet 1955 — si ces faits étaient contraires à la probité. Or, ces deux moyens concernant la loi d'amnistie sont d'ordre public.

(255) Conclusions Lasry sur Sous-Secrétaire d'Etat à la Marine Marchande précité : « ... la question est d'ordre public : elle devait donc être examinée et sera donc implicitement tranchée par votre décision si celle-ci est conforme à nos conclusions. »

(256) Civ., 23 mars 1953, D. 1953.J.337. V. l'étude précitée de P. Minin, « Les moyens d'ordre public et l'office du juge, J.C.P. 1946.I.542.

(257) Trotabas (L.), « La nature juridique du contentieux fiscal », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 711.

128. — *a*) *Les règles relatives au pouvoir de statuer du juge.* — Au sens strict, le pouvoir de statuer du juge ne concerne que sa compétence (258). Les règles de procédure relatives à l'introduction du pourvoi sont cependant très liées aux principes de compétence. Elles mettent, en effet, le juge en mesure d'exercer son pouvoir de statuer. On comprend alors que la violation de toutes ces règles puisse être invoquée pour la première fois en cassation. Elles visent, en effet, à sauvegarder les principes essentiels de l'organisation judiciaire. Toutefois, leur multiplicité, leur caractère essentiellement mouvant, ne devaient pas échapper aux plaideurs retors. La pratique a démontré que de trop nombreuses cassations étaient obtenues par ce biais dans le but d'allonger inutilement le procès. Aussi, à l'heure actuelle, une réaction se dessine. Principalement illustrée par le décret du 22 décembre 1958, elle atténue le caractère d'ordre public de ces règles.

I. — *Le pouvoir de statuer au sens strict.* — La juriprudence *administrative* adopte une position très claire. Elle admet que les règles de compétence *ratione materiæ* sont d'ordre public, que la juridiction compétente relève de l'ordre judiciaire (259) ou de l'ordre juridictionnel administratif (260). Elle en tire la conséquence que l'exception d'incompétence à raison de la matière peut être opposée en tout état de cause (261). La même conclusion ne paraît pas être tirée dans la jurisprudence de notre Haute Assemblée du caractère d'ordre public des règles de compétence *ratione loci* (262). Il est vrai qu'une dérogation conventionnelle des parties à ces dernières règles est jugée valable par la Haute Assemblée dans la mesure où elle satisfait à un intérêt public (263).

La jurisprudence judiciaire avait admis que l'incompétence *ratione materiæ* pouvait être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation (264). Le décret-loi du 30 octobre 1935 vint cependant limiter la faculté de présenter un tel moyen en cassation aux cas où la loi attribuait compétence à une juridiction répressive ou administrative ou, encore, dans les instances où l'ordre public est intéressé. Cette disposition, le nouvel article 170 *bis* du Code de procédure civile, dissociait ainsi justement ordre public et compétence *ratione*

(258) V. *infra*, Deuxième Partie, chapitre II, où toutes ces notions sont approfondies.

(259) 17 février 1926, Département de l'Ain, Rec. 191.

(260) 20 octobre 1953, dame Gury, Rec. 931.

(261) 10 janvier 1861, Commune de Playne, Rec. 21; 14 février 1902, Commune de Domrémy la Pucelle, Rec. 111.

(262) 29 janvier 1958, Vincent, Rec. 47.

(263) 1er août 1924 Administration des chemins de fer de l'Etat, D.P. 1924.III.53, S. 1925.III.26, conclusions Mayer R. ; 4 juin 1937, Compagnie française des câbles télégraphiques, Rec. 557 ; Section, 2e mars 1957, Roger, A.J. 1957.II.205, conclusions Grévisse.

(264) Civ., 9 décembre 1861, D.P. 1862.I.33 ; Civ., 7 juin 1869, D.P. 1869.I.301 ; Civ., 21 janvier 1902, D.P. 1903.I.176.

*materiæ*. Si bien qu'après 1935, la doctrine admettait qu'aussi bien les règles de compétence territoriale que celles relatives à la compétence *ratione materiæ* pouvaient être invoquées pour la première fois en cassation mais seulement dans les cas où la règle en cause était d'ordre public (265). Le problème restait donc entier de savoir ce qui devait être considéré comme règle de compétence d'ordre public. Le champ était libre pour les manœuvres dilatoires des parties. Aussi, à la suite de la nouvelle procédure instaurée par le décret du 22 décembre 1958, l'exception d'incompétence ne peut plus être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation.

II. — *Les règles relatives à l'introduction des pourvois.* — On pourrait citer ici un ensemble de règles que le Conseil d'Etat considère comme étant d'ordre public. Ainsi, les questions de délai (266) ou encore la nécessité pour les parties de rédiger leurs mémoires sur papier timbré (267). Mais, si le Conseil d'Etat admet qu'on puisse se prévaloir de tels moyens en première instance ou en appel, sa jurisprudence est particulièrement restrictive en cassation (268). En effet, de tels moyens auraient pu être invoqués dans l'instance principale ou dans l'instance en appel et, malgré leur caractère fondamental, on ne peut admettre que les parties aient tellement tardé à les présenter. Aussi le juge administratif admet-il qu'on invoque en cassation que les irrégularités qui n'ont pu être invoquées dans les autres instances.

La Cour suprême admet également que l'irrégularité d'un jugement ne peut être proposée en cassation que si elle est le fait d'un tribunal jugeant en dernier ressort. Si elle est propre à la décision de première instance, elle ne peut donner ouverture à cassation qu'autant qu'elle a été invoquée en cause d'appel (269). La Cour de cassation retient cependant certains éléments de procédure particulièrement caractéristiques et admet qu'ils puissent être d'ordre public même à ce degré d'avancement de l'instance. Le juge de cassation peut ainsi soulever d'office le moyen d'ordre public tiré de l'inobservation en appel de la règle concernant le rapport écrit à l'audience fait par le magistrat chargé de suivre la procédure (270). Mais de tels cas sont de plus en plus rares (271).

129. — *b) Le champ d'application de la loi.* — Le juge ne peut « sans méconnaître sa mission essentielle, qui est d'appliquer la loi.

(265) Civ., 19 janvier 1955, D. 1955.J.165.
(266) 19 juillet 1939, Election du Maire d'Aston, Rec. 622.
(267) Section, 21 décembre 1934, Dame Vouriot, S. 1935.III.61.
(268) 18 octobre 1946, Duchatel et Veuve Lesage, S. 1947.III.49, note Liet-Vaux; 28 novembre 1947, sieur X., Rec. 444 ; 24 mars 1947, Société coopérative vinicole, Rec. 134.
(269) Civ., 15 juin 1955, D. 1956, Sommaire 73.
(270) Comm., 31 octobre 1950, Bull. comm., p. 219, n° 311.
(271) V. Civ., 10 octobre 1956, D. 1957, Somm. 45.

se fonder sur une loi qui n'est pas applicable » (272). Aussi, la jurisprudence lui reconnaît-elle la faculté de soulever certains moyens tirés du champ d'application de la loi qui sont considérés comme étant d'ordre public. Un pouvoir corrélatif naît pour les parties. Elles peuvent naturellement invoquer de tels moyens en cassation.

130. — *En procédure administrative contentieuse,* la notion de champ d'application de la loi a été dégagée avec netteté par des conclusions du commissaire du gouvernement Antoine Bernard. suivies par le Conseil d'Etat dans sa décision de section du 21 mars 1958, Delteil. Le moyen d'ordre public tiré du champ d'application de la loi implique, certes, que le moyen ne soit pas seulement déduit d'une simple violation de la loi ou encore d'une fausse application de celle-ci, mais bien de l'inapplicabilité de cette loi. La difficulté de le caractériser vient de ce qu'il faut que le juge ne puisse statuer sur les moyens dont il est saisi sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi.

Comme l'a montré le commissaire du gouvernement A. Bernard, cette condition peut être résolue simplement dans le cas où le juge ne pourrait statuer sur les moyens dont il est saisi sans appliquer lui-même, dans l'une quelconque de ses dispositions, la loi inapplicable. « Dans ce cas, à peine de manquer à sa mission, le juge ne peut que relever d'office, dans les limites des conclusions de la requête, la méconnaissance du champ d'application de la loi ». Il en est notamment ainsi dans le cas d'un retraité critiquant la pension qui lui a été concédée par des moyens tirés de la violation de la loi de pension, dès lors que l'intéressé ne rentrait dans aucune des catégories de bénéficiaire de la dite loi (273).

Le Conseil d'Etat s'évade parfois de ces limites étroites. Il lui arrive de soulever la méconnaissance du champ d'application de la loi, même si l'analyse des moyens de la requête n'amenait pas obligatoirement violation de ce champ d'application. Tout le mérite du commissaire du gouvernement A. Bernard a été justement de dégager le critère qui permet à la Haute Assemblée d'user de telles prérogatives (274). « Il faut que la méconnaissance du champ d'application de la loi résulte sans équivoque de l'un des motifs « de la décision du Conseil » lequel ne pourrait trouver de fondement que dans la loi inapplicable en l'espèce ». C'est-à-dire que l'un des motifs de la décision à intervenir doit être entaché du « vice de méconnaissance du champ d'application de la loi ».

(272) Conclusions Bernard A. sur Section, 21 mars 1958, Delteil, Rec. 189.
(273) 3 janvier 1934, Lestang, Rec. 17.
(274) Notamment à partir des espèces, Section, 11 mai 1956, Société française des transports Gondrand, Rec. 202, A.J. 1956.II.247, conclusions Long ; 4 mars 1955, Martin, Rec. 125.

Ainsi, dans une décision Société Bongrand (275), le Conseil d'Etat a annulé un arrêté du Conseil de préfecture condamnant un entrepreneur à payer une indemnité à une collectivité publique à la suite de la résiliation d'un marché, en relevant d'office que le marché n'avait pas été passé par adjudication publique. S'il s'était, en effet, laissé enfermer dans le cadre du débat, il n'aurait pu qu'admettre ou rejeter la résiliation. Mais, de toute manière, les motifs de sa décision auraient nécessairement impliqué la validité de la convention. On remarque que, dans la solution retenue, ce qui fait l'ordre public, ce n'est pas la violation possible du champ d'application d'une loi *d'ordre public* par les motifs d'un jugement. Toute violation par les motifs d'une décision du champ d'application d'une loi *quelle qu'elle soit* constitue un moyen d'ordre public.

131. — La jurisprudence civile applique avec plus de précaution la notion de champ d'application de la loi. Le juge ne peut d'office vérifier le champ d'application de la loi que si la règle qui le fixe est d'ordre public (276). Certains arrêts peuvent être rapprochés des solutions données par le Conseil d'Etat. Ainsi, la Cour de cassation admet que si le demandeur confère à une loi une rétroactivité qu'elle n'a pas, le tribunal doit d'office invoquer le moyen tiré de la non rétroactivité (277). Il est incontestable qu'ici le moyen tiré du champ d'application de la loi vise à éviter toute violation par la décision d'une loi. Il n'en demeure pas moins qu'en procédure civile, un tel moyen n'est pas d'ordre public par lui-même. Il l'est seulement dans la mesure où la matière, dans laquelle la loi qu'il tend à protéger est intervenue, a un caractère d'ordre public (278).

132. — On pourrait justifier dans l'abstrait la différence entre les solutions intervenues dans nos deux matières en invoquant le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse. Cette dernière laissant une plus grande place aux pouvoirs du juge justifierait tout naturellement une application plus large des moyens d'ordre public. « Le caractère inquisitorial de la procédure affaiblit le rôle des parties ; le moyen d'ordre public porte atteinte à la notion même de partie (279). » Nous pensons que cette conclusion, tirée du caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse est beaucoup trop théorique.

Que le moyen d'ordre public laisse le débat s'évader en dehors du cadre des conclusions des parties, nul ne le conteste. On ne peut

(275) 27 novembre 1942, Société Bongrand et Dupin, Rec. 335.

(276) V. note Malaurie sous Civ., 18 mars 1955, D. 1956.J.517.

(277) Civ., 24 novembre 1955, D. 1956.J.522.

(278) Par ex., Civ., 18 août 1879, D.P. 1880.I.271 ; Civ., 24 janvier 1899, D.P. 1900.I.533.

(279) Heurté A., « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », R.D.P. 1953.615.

prétendre, en revanche, qu'il accroisse unilatéralement les pouvoirs du juge. Ceux des parties se trouvent amplifiés, nous n'avons cessé de le signaler, dans une même mesure. En procédure civile, en appel et en cassation, en procédure administrative, dès l'expiration du délai, l'ordre public se présente comme la justification d'une plus grande liberté pour les parties. De toute manière, l'ordre public ne peut être, en aucun cas, une manière de défigurer l'instance. Les juges ne peuvent s'en servir comme prétexte pour modifier l'objet ou la cause (280). Ils ne peuvent modifier arbitrairement les termes du litige dont ils sont saisis, même pour faire application d'une disposition d'ordre public, alors que cette disposition est étrangère au débat (281).

D'autre part, les solutions retenues dans les deux procédures, bien que procédant d'une différence de méthode, aboutissent pratiquement, dans la plupart des cas, à un même résultat. Nous avons montré comment certains arrêts de la Cour de cassation se rapprochaient intimement des décisions de la Haute Assemblée. La position adoptée par cette dernière ne peut manquer également d'être assimilée sur bien des points à celle de la première. Le Conseil d'Etat, en principe, affirment les commissaires du gouvernement, n'envisage pas le caractère d'ordre public de la matière en cause. Nous n'en croyons pas un mot. Il est en effet impossible d'envisager, à propos d'un cas précis délimité par les conclusions des parties, que le Conseil d'Etat puisse examiner si la décision qu'il va rendre est susceptible de méconnaître le champ d'application de telle ou telle autre loi. Bien souvent, seules les lois d'ordre public mettent en éveil l'attention des commissaires du gouvernement et, par suite, celle de la Haute Assemblée. Ainsi, lorsque ceux-ci prétendent que les dispositions des lois d'amnistie sont d'ordre public, ils assimilent, puisqu'ils parlent d'une *matière* d'ordre public, la solution donnée par les deux jurisprudences. Ceci est inexact en théorie, mais en pratique, comme ils le démontrent par cette assimilation abusive, l'orientation reste identique dans les deux cas (282).

Il suffira de noter comme cas particulier de moyen d'ordre public en procédure administrative contentieuse celui tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué (283).

132. — Le fait que les moyens d'ordre public soient invoqués ou soulevés en cassation a pour conséquence de les soumettre aux règles

(280) Civ., 18 mars 1955, D. 1956.J.517, note Malaurie.

(281) Civ., 7 décembre 1954, D. 1955.J.110, note Crémieu.

(282) 20 mai 1955, Chabert, Rec. 270 : « Considérant que les dispositions des lois d'amnistie sont d'ordre public et peuvent, dès lors être invoquées à toute époque, que par suite le Ministre de l'Intérieur n'est pas fondé à soutenir que le sieur Chabert ne serait par recevable à se prévaloir pour la première fois devant le Conseil d'Etat des prescriptions de la loi du 16 août 1947.

(283) Kornprobst B.. « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », L.G.D.J., 1959, p. 355.

générales des moyens de cassation. Ainsi, devant le Conseil d'Etat, un moyen d'incompétence ne peut être proposé que dans la mesure où, d'après les pièces du dossier, le juge du fait a été à même de constater l'illégalité révélée par ce moyen (284). De même, la Cour de cassation admet-elle, depuis un rapport du Conseiller Rau (285), que des moyens d'ordre public ne sont pas susceptibles d'être présentés pour la première fois en cassation, lorsqu'ils n'ont pu dans les conditions de fait du procès attirer l'attention du juge d'appel. C'est là une des applications de la règle selon laquelle le juge de cassation ne peut connaître du fait. Car un moyen qui n'a pu être jugé dans les conditions de fait de l'instance d'appel apporte nécessairement, en cassation, l'élément de fait qui manquait pour l'apprécier. Autrement dit, il est mélangé de fait et de droit (286).

⁂

133. — Le recours en cassation s'organise donc, dans les deux procédures, dans une construction analogue. La détermination du cadre de l'instance par les parties se heurte à une limite quasi définitive encore plus sévèrement fixée en procédure administrative contentieuse qu'en procédure civile.

Une particularité de la procédure civile doit encore être brièvement évoquée. Le Conseil d'Etat admet, comme en appel, la recevabilité du recours incident formé par le défendeur au pourvoi en cassation (287).

Une caractéristique de l'organisation de la juridiction civile interdisait, jusqu'en 1947, l'adoption de la même solution dans cette matière. Tous les pourvois étaient en effet soumis au jugement préalable de la Chambre des requêtes. Or, devant cette Chambre, la procédure n'était pas contradictoire. Il n'était donc pas question de former un recours incident devant elle. Un recours incident du défendeur n'aurait pu être admis devant la Chambre civile, ses conclusions n'ayant pas été soumises à la Chambre des requêtes (288).

La suppression de la Chambre des requêtes par la loi du 23 juillet 1947 aurait dû entraîner l'abandon du principe de l'irrecevabilité du recours incident. La Chambre civile a maintenu, de manière très critiquable, la solution ancienne (289) que plus rien ne justifie à présent.

(284) 27 janvier 1926, Meynier, Rec. 93.
(285) Sur Req., 17 décembre 1871, D.P. 1872.I.316.
(286) Civ., 5 décembre 1877, D.P. 1879.I.198.
(287) Section, 24 octobre 1952, Caisse primaire de sécurité sociale de Grenoble, R.D.P. 1952, p. 1044, note Waline, conclusions Letourneur.
(288) Civ., 11 juillet 1887, S. 1887.I.452.
(289) Civ., 4 août 1952, Bulletin civil, I.211.

## Section II

### Le cadre de l'instance fixé originairement par le demandeur dicte la portée de la solution donnée.

134. — L'instance principale aussi bien que les instances dérivées prennent fin par un jugement. Entre la détermination du cadre de l'instance et ce jugement, le juge a déployé son activité, usé des pouvoirs qui lui sont conférés. Il est intéressant de noter ici la manière dont le juge est lié par ce cadre de l'instance. Il ne peut en effet s'en écarter en statuant sur d'autres points que ceux sur lesquels porte l'instance. Et, en procédure, la règle qui peut le plus peut le moins, n'a pas cours. Le juge, s'il peut statuer sur l'ensemble des questions en cause, a également l'obligation de le faire. Toute omission de statuer sera sanctionnée.

Les parties ont donc la garantie que la chose jugée par le tribunal correspondra à la chose demandée. A cette fin, l'autorité de la chose jugée est délimitée de la même manière que le cadre de l'instance. Une de ces limites se révèle être particulièrement importante pour les personnes qui n'ont pas participé à l'instance. Il s'agit de celle relative aux parties. En principe, la chose jugée est inopposable aux tiers. Mais, cette inopposabilité est-elle réelle ou empruntée ? L'autorité relative de la chose jugée existe-t-elle vraiment ? On s'en étonne d'autant plus qu'une voie de recours spéciale, la tierce opposition, permet aux personnes qui n'ont pas pris part à l'instance de la faire rejuger (190).

Ce cadre, qui s'impose au juge, c'est le cadre définitif de l'instance. C'est-à-dire qu'il comprend essentiellement la requête principale du demandeur, assortie le cas échéant, de toutes les autres différentes demandes et défenses que nous avons examinées. Nous étudierons d'une part, la manière selon laquelle les limites de l'instance s'imposent au juge et, d'autre part, la protection particulière des tiers contre les effets possibles de l'instance. Cette étude montrera une parfaite ressemblance des deux matières. Malgré le caractère inquisitorial de la procédure, le juge ne peut pas bouleverser dans le contentieux administratif les données de l'instance que les parties ont fixées.

(290) Une thèse fondamentale a été consacrée à la question, Roland H., *Chose jugée et tierce opposition*, Thèse, Lyon, 1958, publiée avec une préface du professeur B. Starck à la L.G.D.J. 1958.

## Sous-Section I

### Le cadre de l'instance s'impose au juge.

135. — Il apparaît que dans une procédure inquisitoriale, le principe selon lequel le juge se voit lui-même imposer l'immutabilité du liitge devrait être sinon aboli, du moins atténué. Les auteurs, examinant la jurisprudence du Conseil d'Etat, n'ont pas résisté à la tentation de considérer que les quelques aménagements du principe de l'immutabilité en faveur du juge doivent être attribués au caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse (291). Il nous semble que *cette opinion mérite d'être révisée à la lumière d'une comparaison avec la procédure civile.*

L'on prétend que le juge, grâce à l'usage des moyens d'ordre public, s'écarte des conclusions des parties. Certes. Nous avons montré cependant que les parties jouissent d'une prérogative analogue et qu'elle s'exerce de manière identique en procédure civile.

L'on assure également que le juge transforme les conclusions des parties, les interprète à sa façon et statue par conséquent en dehors du cadre déterminé par les parties. Rien n'est plus certain. Mais on oublie alors de faire remarquer que le juge use de ce procédé dans l'intérêt des parties et dans le cadre de l'immutabilité de l'instance. Il sert l'intérêt des parties parce que, comme nous l'avons montré dans notre étude des demandes nouvelles, il leur permet d'éviter les inconvénients d'une immutabilité trop absolue de l'instance. Ainsi le juge admet-il que la demande subséquente était implicitement comprise dans la demande originaire. La méthode juridique appliquée par le juge, *aussi bien civil qu'administratif,* éclaire le commentateur quant à la véritable signification de cette jurisprudence. L'extension des conclusions des parties ne se fait que sous le couvert de la volonté des parties et pour servir leur intérêt et non pas sous le prétexte du service d'une quelconque légalité. Le juge, quel qu'il soit, n'a pas à transgresser la volonté des parties (292). Il est à leur service pour amener l'instance à sa solution. A cette fin, il se voit imposer les limites de l'instance et la chose qu'il juge est limitée par ce même cadre. « Le

(291) Kornprobst B., *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir,* Thèse, Aix, 1959, p. 290. « Le fondement de cette jurisprudence... d'une part se trouve dans le caractère inquisitorial de la procédure administrative. Certes ce caractère inquisitorial concerne seulement l'instruction du litige. Mais le fait que le juge dirige et organise l'action des parties l'a conduit à aller un peu plus loin et à donner leur pleine portée aux moyens qu'elles présentent. »

(292) M. Kornprobst reconnaît lui-même (Thèse citée, p. 290) que le juge respecte la volonté des parties, « Dépassant ainsi la lettre des requêtes il ne les modifie cependant pas puisqu'il s'attache à leur esprit. »

juge, en un mot, reste lié par les conclusions des parties. Ses pouvoirs restent à la mesure du débat qui lui est soumis (293). »

### § I. — Le juge est lié par le cadre de l'instance.

136. — Il ne suffirait pas de dire que l'activité du juge est enserrée dans les limites créées par la volonté des parties. Celui-ci doit se défier aussi bien du plus que du moins. Il ne peut statuer au delà des conclusions des parties. Il ne peut rester en deçà de ces mêmes conclusions. L'activité du juge est liée dans les deux procédures.

1° *Le juge ne peut omettre de statuer.* — Le juge doit répondre à l'ensemble des chefs des conclusions qui lui sont soumises par les parties. S'il entend rejeter certaines des conclusions qui lui sont présentées, il doit indiquer expressément le motif de son rejet. Il ne peut, par contre, lorsqu'il repousse un des moyens invoqués, le passer sous silence dans son jugement (294). Il importe, en effet, que les parties soient renseignées sur les motifs qui ont amené l'exclusion de moyens. La jurisprudence civile sanctionne l'omission de statuer du juge (295). Le Conseil d'Etat adopte une position analogue (296). L'obligation du juge n'existe cependant que dans la mesure où les conclusions dont on l'a prétendu saisi étaient recevables (297).

2° *Le juge ne peut statuer en dehors du cadre de l'instance.* — Les parties ayant fixé des bornes à l'instance sont en droit d'attendre que le juge ne les dépasse pas. La détermination précise de l'enjeu de l'instance s'est en effet effectuée par un harmonieux balancement des intérêts du demandeur et du défendeur. Il n'appartient pas au juge de détruire cet équilibre. Mais, l'interdiction de statuer *ultra petita* est déjà, sous l'apparence d'une protection exclusive des intérêts des parties à l'instance, une garantie pour les tiers : la chose jugée ne les touchera pas. On peut en effet légitimement admettre que si des personnes étrangères à l'instance avaient été tenues au courant d'une

(293) Cuche et Vincent, « Procédure civile et commerciale », 11e édition, Dalloz 1958, p. 254 ; Vizioz affirmait également (*Etudes de procédure*, 1956, p. 441, n° 231), « Ce sont les parties qui, par leurs conclusions lui tracent son cadre : le juge est tenu de s'y conformer et de se cantonner dans les limites fixées par ces conclusions. »

(294) Nous avons indiqué qu'il en était autrement pour les moyens d'ordre public lorsque le juge n'est pas saisi par les parties.

(295) Civ., 9 décembre 1952, J.C.P. 1953.II.7401.

(296) 13 mai 1898, Cayron, Rec. 388 ; 16 mars 1889, Chalençon, Rec. 383 ; 20 janvier 1899, Grangé Rec. 35 ; 28 décembre 1900, Dupin, Rec. 831 ; 9 mars 1904, Vison, Rec. 199 ; 29 novembre 1905, Fortier-Vernimont, Rec. 886 ; 22 février 1929, sieur X., Rec. 229 ; 23 avril 1958, Oglisatroni et autres, Rec. 224.

(297) 9 décembre 1952, J.C.P. 1953.II.7401 ; 21 janvier 1925, Lubbert, Rec. 56 ; 11 mars 1925, Compagnie générale des câbles de Lyon, Rec. 251.

extension du cadre de l'instance, elles seraient intervenues dans la mesure de la protection de leurs intérêts. Le cadre de l'instance fixé par les parties n'ayant pas éveillé cet intérêt à intervenir, ces personnes doivent être protégées contre toute extension de celui-ci.

La jurisprudence *civile* veille strictement au respect de la règle de l'*ultra petita* (298). Elle l'applique, même, dans des matières que le caractère écrit de la procédure suivie rapproche singulièrement des espèces du droit administratif. Ainsi, la Chambre civile l'a rappelé dans une affaire de contributions indirectes « où les juges n'avaient pas limité leur examen aux questions posées par les parties dans leurs mémoires signifiés, alors que la base de l'instruction est restée une procédure écrite » (299).

La jurisprudence *administrative* interdit de même toute extension, par le juge, du cadre de l'instance. Ainsi le juge ne peut-il mettre en cause d'office une partie et ce, malgré le caractère inquisitorial de la procédure (300). Il ne peut condamner une partie qui n'est pas en cause (301). De même, il ne peut modifier l'objet ni aucun autre élément de l'instance (302).

Cet alignement du Conseil d'Etat sur la position adoptée par les tribunaux civils ne s'est pas fait sans peine. En matière électorale, notamment, le juge administratif avait admis l'*ultra petita*. Il avait ainsi posé que le conseil de préfecture, appelé à statuer sur la validité d'opérations électorales à la suite d'une protestation tendant à l'annulation de l'élection des deux derniers conseillers portés au tableau, peut annuler *toutes les élections* (303). Mais, il se rangea vite, même en cette matière, à l'interdiction de l'*ultra petita* qu'il appliquait dans les autres domaines de son contentieux (304).

(298) Civ., 24 octobre 1911, D.P. 1914.I.318.

(299) Note Vizioz sur Civ., 14 janvier 1942 (S. 1942.I.29 ; D.A. 1942.J.106) à la Rev. tr. dr. civ. 1943, p. 56.

(300) 5 décembre 1860, François, Rec. 71 ; 16 juillet 1880, Compagnie de Paris à Lyon et à la Méditerrannée Rec. 670.

(301) 1er mai 1903, Département de Vienne, Rec. 332 ; Section, 14 février 1958, Société Thorrand et compagnie, Rec. 104, A.J. 58.II.66, conclusions Long, A.J. 58.I.13.

(302) 25 brumaire An XII (17 novembre 1803), Nedellec, Rec., t. I, 25 ; 11 juin 1817, Levacher-Duplessis c. Préfet de la Seine, Rec., t. II, 230 ; 31 janvier 1890, Mimalé, Rec. 95 ; 23 décembre 1892, Roblot, Rec. 938 ; 7 mai 1897 Elections de Montesquieu, Rec. 354 ; 6 juillet 1927, Compagnie P.L.M. c. Curtil et autres, Rec. 754 ; 18 novembre 1933, sieur et dame Maître, Rec. 1068 ; Section, 17 juillet 1950 sieur Mathieu, Rec. 439 ; 19 novembre 1956, Nougaret, Rec. 733 ; Section, 25 avril 1958, dame Veuve Barbaza et société d'assurances « La Mutuelle générale française », Rec. 228.

(303) 14 mai 1856, Elections de Cornillc, Rec. 359.

(304) 7 mai 1897 Elections de Montesquieu, Rec. 354; 21 janvier 1901, Elections d'Annot, Rec. 63. Le juge administratif consacre cependant dans son contentieux disciplinaire des principes inverses. Ainsi, n'est-il pas lié par les termes de la plainte. Il n'est pas tenu de limiter son examen aux faits qui y sont mentionnés. Il peut connaître de l'ensemble du comportement de la personne poursuivie, v. Section, 8 juin 1956, sieur Dardenne, Rec. 239 : « Considérant qu'en l'absence

137. — Il est particulièrement intéressant de noter ici l'alignement de la position administrative et de la position judiciaire. On se plaît en effet, ordinairement, à signaler les pouvoirs de direction de l'instance du juge administratif. On n'oublie pas alors de faire remarquer que le juge détient cette prérogative exorbitante de mettre des personnes en cause. Et toutes ces règles apparaissent comme étant fondamentalement opposées aux principes retenus par les tribunaux judiciaires. Or, l'étude de l'*ultra petita* nous a montré que *cette prérogative n'a absolument aucun effet sur le cadre de l'instance.* Nous avons insisté sur le fait que la condamnation prononcée par le juge contre un personne non mise en cause par le demandeur constitue un *ultra petita, nonobstant la mise en cause de cette personne* par le juge et donc sa participation à l'instance (305). Le juge administratif est donc lui-même inapte à s'évader des limites que les parties assignent au développement de ses pouvoirs.

### § II. — La chose jugée est limitée par le cadre de l'instance.

138. — L'étude de la notion de demande nouvelle nous a permis d'étudier dans toute son ampleur le problème posé par la détermination des limites de l'instance. Ces limites jouent un rôle différent selon qu'il s'agit de demande nouvelle ou de chose jugée. Dans le premier cas, elles s'opposent à toute extension, dans le cadre de l'instance introduite, des conclusions des parties. Elles sont au contraire dans le second, une garantie de liberté pour les parties. En enserrant la chose jugée dans les limites de l'instance première, elles leur permettront d'introduire ensuite, sans que l'on puisse leur imposer l'autorité de la chose jugée, d'autres instances différant de la première par la cause, l'objet ou les parties. N'oublions pas que l'on définit le plus couramment les demandes nouvelles comme celles qui, présentées par la voie d'une instance principale, ne se heurteraient pas à l'autorité de la chose jugée.

de toute disposition législative ou réglementaire contraire, les juridictions disciplinaires de l'Ordre des médecins saisies d'une plainte contre un praticien, peuvent légalement, sous réserve que soient respectés les droits de la défense, connaître de l'ensemble du comportement professionnel de ce praticien et ne sont pas tenues de limiter leur examen aux seuls faits dénoncés par la plainte.» Dans le même sens, Section 8 juin 1956, Amestoy, Rec. 240 et conclusions Gazier sur 8 novembre 1957, Maury, A.J. 1958.II.50.

C'est le rapprochement avec le contentieux pénal qui dicte cette solution à notre Haute Assemblée. Il n'existe pas de ministère public dans la plupart des cas devant les juridictions professionnelles en cause. Saisies d'une plainte par un particulier, elles gardent la possibilité, vu le caractère d'intérêt public de l'instance, de ne pas limiter leur examen aux faits dénoncés par la plainte.

(305) V. également, 14 mai 1952, Auzolle, Bonello et consorts, Rec. 253.

139. — Cette garantie de liberté pour les parties n'est réellement telle, affirme-t-on, que dans la procédure civile. Dans le contentieux administratif, au contraire, l'expiration des délais interdit de contester à nouveau la décision attaquée, sauf dans le cas où une loi, généralement une loi d'amnistie, a rouvert les délais. Nous ne pensons pas que cette argumentation soit justifiée. Elle se méprend, en effet, sur la véritable signification de l'instance. Nous avons montré comment, en matière administrative, le cadre de l'instance se définissait par l'acte complexe demande du requérant-réponse de l'administration. Si le requérant limite son instance, qui existe déjà dès la demande qu'il a formée devant l'administration, il est réputé avoir acquiescé, dès l'expiration du délai de recours, aux chefs de la décision qu'il ne conteste pas. L'instance entraîne donc une *solution totale* pour l'acte administratif en cause. La chose jugée régnera sur les points contestés en justice, l'acquiescement résoudra les autres. On comprend alors qu'en *principe* le requérant ne puisse plus ensuite contester la décision de l'administration. Il résulte de la nature même de l'instance que le rapport litigieux des parties, l'acte complexe, sort de celle-ci complètement tranché. La chose jugée n'a alors rien à voir avec l'impossibilité pour le requérant de remettre en cause des points de l'acte complexe qu'il n'a pas évoqués en justice. C'est son acquiescement qui justifie cette règle. Le requérant, sachant qu'après l'expiration des délais de recours ses conclusions sont irrémédiablement fixées, est réputé avoir acquiescé à la décision de l'administration, dans la mesure où il ne l'a pas remise en cause devant le juge. Il est libre de demander à l'administration, puis au juge, de statuer sur d'autres chefs que ceux qui ont fait l'objet de la première instance sans se voir opposer la chose jugée ni l'acquiescement. Il est de même libre, lorsqu'une loi ayant rouvert les délais le relève de son acquiescement, de remettre en cause la décision attaquée mais seulement dans la mesure où le point qu'il conteste n'a pas été jugé. Si donc une loi de réouverture des délais ne peut permettre au requérant d'échapper à la chose jugée mais efface son acquiescement, c'est donc que la chose jugée exerce ses effets ordinaires en procédure administrative contentieuse et qu'elle ne s'exerce que sur les points réellement soumis au juge. On ne saurait attribuer à la chose jugée ce qui relève d'un acquiescement.

La parenté entre chose jugée et demande nouvelle doit cependant être précisée.

140. — 1° D'une part, cette parenté ne saurait faire oublier que *l'exception de chose jugée et celle de demande nouvelle sont appelées à jouer dans des instances différentes.* L'interprétation du juge tendant à comprendre, dans l'intérêt des parties, un ensemble de demandes additionnelles dans la demande initiale, ou encore, l'extension de la notion de cause à un niveau assez général pour y inclure des moyens nouveaux, ne se justifie plus dans une nouvelle instance. L'in-

térêt du requérant est alors de ne pas se voir opposer l'exception de chose jugée. Ceci n'est possible que si l'on entend les éléments constitutifs de la chose jugée : objet, cause, parties dans le sens le plus restrictif possible. Le juge s'oriente bien dans cette voie. Ce n'est pas cependant de manière directe l'intérêt du requérant qui le pousse à agir dans ce sens, mais bien des considérations pratiques. Lorsque le juge n'oppose pas la fin de non-recevoir tirée de la demande nouvelle, aucun trouble n'est apporté à l'ordre juridique. Lorsque, au contraire, la fin de non recevoir tirée de la chose jugée est invoquée à l'encontre du requérant, si la prétention n'a pas été vraiment envisagée dans la première instance, un véritable déni de justice sera consacré par le juge qui accueille cette exception. Le juge doit donc logiquement accorder à la chose jugée une portée restrictive. Cela se remarque le plus nettement quant à la notion de cause jugée.

En procédure civile, MM. Cornu et Foyer ont très justement insisté sur le fait que lorsqu'il s'agit « d'apprécier l'identité de la cause à l'occasion de deux procès distincts dont l'un est déjà... terminé par un jugement définitif (autorité de chose jugée), la notion spéciale de cause paraît l'emporter sans partage » (306). Ceci est d'autant plus important que depuis la réforme du décret du 30 octobre 1935, la notion de cause a perdu une grande partie de son importance en ce qui concerne la théorie des demandes nouvelles. La jurisprudence tend à considérer en ce domaine, comme cause de l'action, le texte sur lequel la demande est fondée (307). Ainsi la Cour de cassation décide-t-elle que lorsqu'une action fondée sur l'article 1384 du Code civil tendant à la réparation du dommage causé par une automobile, a été rejetée, la victime peut, sans se voir opposer l'autorité de la chose jugée, former une nouvelle instance en vertu de l'article 1382, invoquant alors la faute de l'auteur du dommage et inversement (308). Or, des principes contraires sont consacrés pour l'application de la théorie de la demande nouvelle.

Il est plus difficile de faire la même comparaison dans la procédure administrative contentieuse. Nous avons montré les incertitudes de la notion de cause dans cette matière. Généralité (309) et spécialité (310) : autour de ces deux pôles hésite la cause administrative sans qu'un choix précis soit effectué. Cependant, en matière de chose

(306) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, Thémis, p. 412.

(307) Perrot, *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Chose jugée.

(308) Req., 16 juillet 1928, D.P. 1929.I.33, note Savatier ; Civ., 20 février 1953, D. 1953.J.222.

(309) 31 janvier 1947, Billes, Rec. 43 ; 22 juin 1955, Ottavioli, Rec. 349 ; 13 juillet 1956, dame Mariani, Rec. 337 ; 25 juin 1958, Bilger, Rec. 384 ; Section, 20 juin 1958, Guimezanes, Rec. 372 ; ces deux dernières décisions sont reproduites à la R.D.P. 1959, p. 105, note Waline.

(310) 31 janvier 1947. Billes, Rec. 43 ; 5 mai 1950, Clemencelle, Rec. 265 ; 17 mars 1954, Commune de Thieulin, Rec. 163 ; Section, 12 juillet 1955, Grunberg, Rec. 407, conclusions Guionin ; 21 janvier 1955, Muller, Rec. 41.

jugée, le juge s'oriente de plus en plus vers une conception spéciale de la cause. Ainsi, dans une décision de Section, du 12 juillet 1955 (311), le Conseil d'Etat admet que lorsqu'il a été jugé que les faits relevés à la charge du requérant ne constituaient pas un manquement à la probité, il n'a pas été jugé pour autant que ces faits sont contraire à l'honneur. En un mot, il considère que les manquements à l'honneur et les manquements à la probité constituent des causes juridiques distinctes, malgré la parenté évidente de ces deux catégories juridiques et bien qu'elles tendent à l'application d'une même loi d'amnistie. Bien souvent, pour notre Haute Assemblée, la cause est le texte législatif invoqué. Ainsi, une décision déniant qu'un décès soit dû à un accident du travail ne fait pas obstacle à ce qu'une requête ultérieure réclame le bénéfice de la législation sur les victimes civiles de la guerre (312).

L'ensemble de ces solutions montre donc que le juge, particulièrement respectueux de la volonté des parties, doit bien souvent, pour que ce respect soit entier, dissocier les notions de demande nouvelle et de chose jugée parce qu'elles s'exercent dans des instances différentes. La limite jusqu'à laquelle peut jouer la demande nouvelle et le cadre dans lequel s'exerce la chose jugée peuvent aussi ne pas coïncider parce que la première ne joue que de manière éventuelle, alors que l'autre joue de façon certaine.

141. — 2° *Les limites de la demande nouvelle et celles de l'exception de chose jugée ne sont pas les mêmes dans tous les cas.* — Lorsque nous avons étudié les différents cas dans lesquels le requérant échappe aux demandes nouvelles en appel, nous nous sommes placés dans l'hypothèse où il présente effectivement de telles conclusions à l'intérieur d'une instance donnée. Ainsi avons-nous admis que le requérant puisse demander en appel des majorations d'indemnité à raison de faits nouveaux intervenus depuis le jugement dont il est fait appel. Mais, s'il ne forme pas une telle demande, il n'y aura aucun parallélisme entre demande nouvelle et chose jugée. Le Professeur Waline a noté avec raison que « la demande nouvelle (par son objet) n'est pas toujours irrecevable en appel (alors qu'au contraire toute demande nouvelle par son objet est *ipso facto* exempte de l'exception de chose jugée) » (313). En effet, lorsqu'on parle de la limite au delà de laquelle une demande peut être considérée comme nouvelle, on envisage une extension *possible* de la demande, tandis que la chose jugée ne porte que sur les éléments qui ont été *effectivement* demandés.

Le cadre déterminé par les parties s'impose donc bien au juge. Il

(311) Rec. 407.

(312) Section, 19 mai 1950, Chambre syndicale de commerce de Bayonne, Rec. 303.

(313) Note Waline ss. Bilger et Guimezane précités, p. 108, particulièrement, p. 111 *in fine*.

importe de se demander à présent si la chose jugée ne s'évade pas des limites fixées en ce qui concerne les personnes entre lesquelles elle joue.

## Sous-Section II

### La protection particulière des tiers compense les effets possibles de l'instance

142. — La question paraît pouvoir être résolue dans les termes les plus simples. La chose jugée ne joue qu'entre les parties à l'instance, elle est inopposable aux personnes qui n'ont pas participé à l'instance. C'est le principe de l'autorité relative de la chose jugée (315). (Par exception à ce principe, certains contentieux connaissent l'autorité absolue des jugements rendus). Il paraît alors étonnant qu'une voie de rétractation du jugement rendu, la tierce opposition, soit prévue par le Code de procédure civile ou organisée par la jurisprudence administrative au bénéfice des personnes étrangères à l'instance. Contre quels effets du jugement ces personnes doivent-elles se prémunir puisque la chose jugée ne leur est pas opposable ? Ne sont-elles pas assez protégées par l'exception de chose jugée ? Ce n'est qu'à la lumière de l'étude du principe de la relativité de la chose jugée que pourra être examinée à sa juste valeur, l'existence de la tierce opposition.

#### § I. — Sens et portée de l'autorité relative de la chose jugée.

143. — 1° *Origine du principe.* — Les deux jurisprudences se sont inspirées du même texte de base. L'article 1351 du Code civil est à l'origine de l'affirmation dans la jurisprudence civile du principe de la relativité de la chose jugée. « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que... la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité (316). » Un principe analogue est adopté par la

(314) Loth, *L'autorité de la chose jugée en matière administrative,* Thèse, Lille, 1911. Lacoste P., « De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative », 3e édition mise à jour par Bonecarrère P., Sirey 1914. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée,* Thèse, Bordeaux, 1931.

(315) Tissier, *Théorie et pratique de la tierce opposition,* 1890. Malbec, *La relativité de la chose jugée,* Thèse, Toulouse, 1947, dactylographiée. Boyer, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *Revue trimestrielle de droit civil,* 1951, p. 163.

(316) Art. 1351 du Code civil.

jurisprudence administrative. Ainsi, dans des conclusions présentées en 1863 devant le Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement, Chamblain, admet-il qu' « il ne peut y avoir chose jugée qu'entre les mêmes parties » ; la Haute Assemblée se range alors à la même position. Même lorsque l'instance s'est liée entre les mêmes parties, la chose jugée ne joue pas si elles agissent en des qualités différentes (317).

144. — Ces mêmes solutions retenues dans les deux procédures montrent une fois de plus que le *pouvoir inquisitorial du juge administratif ne dénature pas les limites assignées à l'instance par les parties.* Dans les deux procédures, le cadre de l'instance a été déterminé par les parties. Le juge ne peut avoir le pouvoir de statuer en dehors du cadre fixé. L'autorité relative de la chose jugée signifie seulement que la chose jugée ne peut être opposée aux personnes qui n'ont pas contribué à la détermination des limites de l'instance. L'instance rapport procédural créé par le demandeur ne peut être transgressé par le juge. Mais, aussi bien en procédure civile qu'en procédure administrative contentieuse, la relativité de la chose jugée ne signifie pas :

A. — *Que la chose jugée laisse indifférentes les personnes étrangères à l'instance.* — La relativité de la chose jugée est la simple inopposabilité d'un rapport processuel. Le juge saisi par A et B d'une question juridique les intéressant ne peut ni refuser de statuer parce que la question intéresse aussi C, ni statuer à l'égard de C. Le juge doit résoudre la question litigieuse posée par l'instance tout en restant dans le cadre de l'instance. *Le juge est donc obligé, à cause de la conception même de l'instance, d'ignorer la complexité des situations juridiques.* Les personnes étrangères à l'instance peuvent donc être lésées par la chose jugée.

B. — *Que les personnes étrangères à l'instance sont suffisamment protégées par l'exception de la chose jugée.* — L'exception de chose jugée signifie simplement que si au cours d'une nouvelle instance, la question juridique résolue par la chose jugée est remise en cause à l'égard d'une *partie* à la première instance, celle-ci peut opposer au demandeur lui-même *partie* à cette instance la chose primitivement jugée.

On ne comprend pas comment la plupart des auteurs ont pu prétendre que les personnes étrangères à l'instance étaient protégées par l'exception de chose jugée. N'étant pas *parties* à la première instance,

(317) 16 avril 1863, Chemins de fer d'Orléans, Rec. 386, v. p. 387, note 1.

(318) 21 mai 1948, Ministre des Travaux publics c. Commune de Thun-l'Evêque, Rec. 228 : « ... ainsi les parties n'agissant plus dans cette nouvelle procédure en la même qualité que dans les instances précédentes, le Conseil de préfecture s'est fondé à tort sur l'autorité de la chose jugée. »

elles ne peuvent en aucun cas se prévaloir de l'exception de chose jugée pour en éviter les effets possibles.

N'étant pas parties à l'instance principale, elles ne peuvent non plus user des voies de recours pour faire réformer la décision qui les lèse.

Elles ne peuvent donc user d'aucun des procédés basés sur l'existence de l'instance terminée par la chose jugée qui les atteint. La relativité de la chose jugée, bien loin de protéger les personnes étrangères à l'instance, les atteint au contraire plus profondément. Il est donc nécessaire de les protéger.

145. — 2° *Champ d'application du principe de la relativité de la chose jugée.* — La relativité de la chose jugée ne peut cependant laisser ignorer des effets possibles de la chose jugée, extérieurs aux parties. Doctrine et jurisprudence ont été embarrassées pour les expliquer. Après avoir envisagé leur tentative, il faudra conclure dans le cadre de notre conception de l'instance commune aux deux procédures.

A. — *Les tentatives de dissociation des éléments constitutifs de la chose jugée.* — Les auteurs, étudiant le principe de la relativité de la chose jugée, ont été amenés à se demander de quelle manière il pouvait léser les tiers pour que ceux-ci puissent user de la tierce opposition. Se trouvant devant l'affirmation irréfutable du principe, ils ont essayé de dissocier les éléments constitutifs de la chose jugée pour expliquer ses répercussions possibles à l'égard des tiers. La plus intéressante et aussi la plus récente de ces dissociations, est celle opérée par M. Roland dans sa thèse « Chose jugée et tierce opposition » (319).

D'après M. Roland, dans chaque procès, l'activité du juge est complexe. D'une part, il reconnaît qu'une situation juridique a été ou n'a pas été violée. Il donne une déclaration sur le rapport juridique qui lui a été soumis et la loi accorde à cette déclaration la force d'une présomption légale. « C'est là le premier aspect du jugement, l'expression d'autorité de la chose jugée recouvre l'idée d'affirmation de vérité contenue dans l'acte juridictionnel. » D'autre part, le juge a pour mission première d'assurer la conservation de la paix et de l'ordre dans la société. Dans ce but, il doit imposer le rétablissement de l'ordonnancement juridique là où un trouble de fait s'est produit. « De là la suite nécessaire du travail intellectuel et objectif du juge : la condamnation ou l'absolution du défendeur. » Ces deux aspects du jugement, force probatoire et force obligatoire, se retrouvent dans tous les jugements.

M. Roland tire de cette distinction une conséquence fondamentale pour sa thèse. L'autorité de la chose jugée existe pour lui, à l'égard de tous, tandis que la force obligatoire ne s'étend rigoureusement

(319) Roland H., *Chose jugée et tierce opposition*, Thèse, Lyon, 1958.

qu'entre les parties au jugement. Cette distinction ne rend pas compte, à notre avis, de la réalité.

a) *Il est difficile de distinguer force probatoire et force obligatoire.* — Où commence la preuve et où finit l'obligation. Aucun critère précis ne peut permettre de distinguer ces deux notions. Aucun, *si ce n'est l'autorité relative de la chose jugée.* L'effet obligatoire se limite, nous dit M. Roland, aux personnes parties au jugement. Il est purement relatif. Aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, on n'a jamais contesté ce principe. Il n'était donc pas besoin d'introduire une distinction que traduit déjà le principe de la relativité de la chose jugée.

La déclaration du juge sur le rapport juridique qui lui est soumis (force probatoire) ne peut se caractériser que comme tout ce qui n'est pas force obligatoire. On conviendra qu'il ne s'agit pas là d'un critère susceptible d'être retenu.

b) *Quand bien même la force probatoire pourrait être caractérisée, les effets qui lui sont attribués ne correspondent pas à ses effets réels.* — D'après M. Roland, la force probatoire existe à l'égard de tous. Elle est dotée d'une autorité absolue. S'il en était ainsi, toutes les personnes qui n'ont pas été parties à l'instance devraient être protégées contre cette autorité de la chose jugée par la voie de la tierce opposition. Or, il n'en est rien. Seules certaines personnes étrangères à l'instance ont intérêt suffisant pour utiliser la tierce opposition.

c) *Les erreurs commises par la doctrine s'expliquent par la dissociation créée entre chose jugée et instance.* — La chose jugée ne peut être envisagée en elle-même. Elle n'est que la solution de l'instance. Sa portée dépend de celle-ci. Ce n'est pas seulement la chose jugée qui est relative. Toute l'instance participe du même caractère. Il est logique que la chose jugée s'en imprègne. Dès que l'on admet que la saisine du juge, de même que les questions à lui soumises ou qu'il peut juger sont déterminées par les parties, on condamne la chose jugée à rester dans ce même cadre. L'apport de l'instance jugée aux rapports juridiques préexistants ne peut être toujours purement relatif. La chose jugée entre X... et Y... peut se répercuter indirectement sur d'autres personnes. Mais le juge, aussi bien civil qu'administratif, ne peut en tenir compte. Il est enfermé dans le rapport juridique créé par les parties.

B. — *La généralisation par le juge des effets absolus de la chose jugée.* — Dans certaines matières, la chose jugée entraîne *certainement* des répercussions importantes, le juge a été tenté de prendre en considération ces répercussions et d'ériger, lorsque le législateur ne lui avait pas lui-même donné ce caractère, l'autorité relative en autorité absolue. Cette extension a été, dans d'autres cas, réalisée pour accentuer les effets de la chose jugée.

146. — *En procédure civile.* — La question s'est essentiellement posée pour les jugements intéressant l'état des personnes. Les auteurs ont essayé d'ériger ici un système fondé sur l'autorité abolue de la chose jugée. La meilleure justification de cette autorité absolue a été donnée, à notre avis, par le Professeur R. Savatier (320). Celui-ci montre qu'il y a une impossibilité matérielle à ce que l'état d'une même personne diffère suivant les personnes qui le considèrent. L'état d'une personne est applicable ou inapplicable à l'égard de tous. En un mot, il est indivisible. Cette indivisibilité entraîne, d'après M. Savatier, l'autorité absolue de la chose jugée.

Cette distinction a le mérite de montrer ce qui amène, dans certains cas, en procédure civile, l'érection en principe de l'autorité absolue de la chose jugée : l'atteinte *nécessaire*, malgré les pouvoirs relatifs du juge, qu'apportera la chose jugée à des rapports étrangers à l'instance. Il s'agit, en effet ici, d'une matière où la distinction des parties à l'instance et des personnes étrangères à celle-ci se révèle particulièrement difficile en raison de l'indivisibilité qui y règne.

La jurisprudence, sans consacrer absolument cette conception, s'en rapproche considérablement comme l'a montré M. Roland (321). Une autorité absolue *erga omnes* s'attache aux jugements qui déclarent la nullité d'un mariage, prononcent le divorce, la séparation de corps, la légitimation *post-nuptias* et la légitimation adoptive. En revanche, dans certains cas, l'autorité est absolue, sauf vis-à-vis des personnes à qui la loi a formellement réservé un monopole d'action. Il en est ainsi des jugements d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire ou encore de ceux qui mettent fin à de telles incapacités (322). La jurisprudence civile hésite donc parfois, malgré l'indivisibilité de la matière, à consacrer l'autorité absolue de la chose jugée. Nous verrons en étudiant la tierce opposition que c'est parce que pour elle l'autorité absolue exclut la tierce opposition que la jurisprudence civile adopte une telle attitude.

147. — *En procédure administrative contentieuse*, l'étude de la jurisprudence nous amène à dégager un autre fondement à l'autorité absolue exceptionnelle de la chose jugée. Fondement qui, comme l'illustrent certaines décisions, n'est pas étranger à la jurisprudence civile. Notre étude peut ici se restreindre sans difficulté. La jurisprudence administrative consacre l'autorité absolue des arrêts d'annulation intervenus sur recours pour excès de pouvoir (323).

La meilleure justification de cette autorité absolue a été donnée

(320) Note sous Poitiers, 31 décembre 1918, D.P. 1920.II.59 et sous Civ., 23 avril 1925, D. 1925.I.201, v. également D.H. 1934, Chronique p. 85.

(321) Thèse citée, p. 441, v. en sens contraire, Larguier, *Encyclopédie procédure civile et commerciale*, V° Tierce opposition, n°s 122 et suiv.

(322) Sur tous ces points, v. les arrêts cités dans Roland, Thèse citée, p. 442.

(323) 12 février 1927, Bégoc, Rec. 209.

par M. P. Weil (324). Le recours pour excès de pouvoir est un recours institutionnel et organique. Il a « pour but de supprimer le désordre à l'intérieur de la société considérée sous l'angle administratif. Il est normal, dans ces conditions, que le jugement rendu sur ce recours, profite et s'impose à tous les membres de cette société. L'ordre social est le même pour tous : il ne peut tolérer tel acte à l'égard des uns et le rejeter à l'égard des autres ».

M. Weil a montré que de tels contentieux organiques existent également en droit privé. Il en est ainsi pour lui de celui constitué par les actions d'état. Pour lui, en effet, la famille a sa constitution, tout comme l'Etat. « L'action d'état veille à ce que la « constitution » de la famille soit respectée, à ce que la structure familiale soit correcte ».

A notre avis, ces idées ne sont pas contraires à celle tirée de l'indivisibilité de la matière considérée. L'indivisibilité n'est, en effet, qu'un critère extérieur. Elle montre l'unité d'une matière sans en dégager le fondement. C'est l'agencement des règles d'une matière dans un certain but, qui est la véritable raison de l'indivisibilité. Le caractère organique de la matière en cause exclut la relativité de la chose jugée.

## § II. — La tierce opposition.

148. — La tierce opposition a été l'occasion, aussi bien chez les auteurs de droit privé que chez ceux de droit public, de crises de conscience et de déchirements. Ils se sont demandé avec inquiétude quelle pouvait être l'occasion de son usage. Tout s'explique dès que l'on intègre la tierce opposition dans une théorie de l'instance. Les deux procédures s'inspirent des mêmes principes et adoptent les mêmes solutions.

### 1° *La fonction de la tierce opposition.*

143. — A. *En procédure civile,* la difficulté est apparue de concilier l'existence de la tierce opposition, prévue par l'article 474 du Code de procédure civile, avec la règle selon laquelle la chose jugée est inopposable aux tiers. D'une part, en effet, en vertu de ce principe, la chose jugée entre certaines parties ne peut ni nuire, ni profiter aux tiers. D'autre part, ces derniers peuvent faire tierce opposition à un jugment s'il leur fait grief. Mais comment un tel jugement peut-il atteindre leurs droits, puisqu'il est établi qu'il n'a qu'un effet relatif. Certains auteurs, dont Chauveau, ont tiré une conclusion rapide de cette antinomie.

(324) Weil P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir,* Thèse, Paris, 1952, pp. 19 et suiv.

Chauveau (325) a soutenu l'inapplicabilité de la chose jugée. La tierce opposition suppose, fait-il remarquer, l'existence d'un préjudice en la personne du tiers. Or, l'article 1351 du Code civil interdit que la chose jugée soit opposée à d'autres qu'aux parties à l'instance. Il est donc impossible que les tiers souffrent d'une décision rendue en dehors d'eux. Aussi, faute d'intérêt, nul n'a le droit de former tierce opposition contre un jugement ou un arrêt auquel il n'a pas figuré comme partie. L'article 474 ne peut donc recevoir d'application.

Nous avons indiqué cette opinion pour montrer de quelle manière la doctrine classique réagissait devant l'antinomie apparente des articles 474 du Code de procédure civile et 1351 du Code civil. De nombreuses autres conceptions ont été présentées (326). Elles encourent toutes le grave reproche de ne pas envisager suffisamment la signification profonde de la relativité de la chose jugée.

Nous l'avons dit, la chose jugée ne peut être envisagée en elle-même. Elle n'est que la solution de l'instance. Le juge, dans une instance donnée, doit résoudre la question litigieuse en restant dans le cadre qui a été déterminé par les parties. Il ne peut envisager la situation juridique des tiers. Le juge est obligé, à cause de la conception même de l'instance d'ignorer la complexité des situations juridiques. La tierce opposition a donc pour objet de saisir le juge de la situation juridique d'une personne étrangère à l'instance, à la condition toutefois qu'elle puisse se prévaloir d'un droit auquel la décision attaquée préjudicie. La tierce opposition dont l'intérêt ne peut être mis en doute sera donc recevable chaque fois que la relativité de l'instance aura amené une répercussion sur la situation juridique d'une personne étrangère à celle-ci. La jurisprudence est dans ce sens.

Certaines décisions rendues dans les domaines où la jurisprudence a dégagé l'autorité absolue de la chose jugée ne peuvent cependant manquer de surprendre. De nombreux jugements ou arrêts proclament en effet que la tierce opposition n'est pas possible contre les jugements dotés de l'autorité absolue de la chose jugée. Ainsi, la jurisprudence déclare-t-elle que la tierce opposition n'est pas admissible contre le jugement de légitimation adoptive (327).

Cette solution ne peut être admise. On reconnaît, en effet, que la relativité de la chose jugée peut léser les intérêts des personnes étrangères à l'instance. A plus forte raison en est-il ainsi pour l'autorité absolue. De telles personnes doivent donc pouvoir invoquer la tierce opposition. Comment admettre que les parties à l'instance bénéficient de toutes les garanties inhérentes aux voies de recours, tandis que les

(325) V. dans CARRÉ, *Lois de procédure civile et administrative*, tome IV, n° 1709, cité par ROLAND, p. 39.

(326) V. H. ROLAND, Thèse citée, pp. 41 et suiv.

(327) Paris, 3 février 1949, J.C.P. 1949.II.4911, observations Esmein ; Pau, 19 novembre 1953, D. 1954.J.132, note Savatier J., J.C.P. 1954.II.8006, observations Esmein.

personnes étrangères se voient refuser la tierce opposition alors qu'elles n'ont pu faire entendre leur voie au cours de l'instance. Il faut donc admettre la recevabilité de la tierce opposition.

La quasi unanimité de la doctrine se prononce dans ce sens (328). De nombreuses décisions de juridictions inférieures ont également admis la recevabilité de la tierce opposition contre des jugements revêtus de l'autorité absolue de la chose jugée (329).

La Cour de cassation, par un arrêt du 13 mai 1958 (330), a refusé de renverser sa jurisprudence « les jugements d'homologation d'adoption étant constitutifs d'un nouvel état, emportent autorité de la chose jugée à l'égard de tous ; ils ne peuvent être attaqués par la voie de la tierce opposition ». Nous persistons cependant à penser qu'au moins un argument d'équité devrait conduire à adopter une solution opposée. Si on admet en effet que les jugements ayant une autorité purement relative peuvent atteindre des tiers et qu'il faut protéger alors ces derniers par la tierce opposition, on ne comprend pas que lorsque le besoin de protection se fait particulièrement sentir, c'est-à-dire, lorsque le jugement atteint, de par sa nature, des tiers, on refuse à ceux-ci la protection indispensable de la tierce opposition.

150. — B. *En procédure administrative contentieuse.* — La recevabilité de la tierce opposition contre les jugements dotés d'un effet relatif n'a jamais fait de difficultés. C'est son admission contre les décisions d'annulation en excès de pouvoir, dotées comme nous l'avons dit de l'autorité absolue de la chose jugée, qui a été l'occasion d'une crise (331).

a) *L'admission par la jurisprudence administrative de la tierce opposition contre les décisions d'annulation en excès de pouvoir.* — L'arrêt du 28 avril 1882, Ville de Cannes, admet la tierce opposition dans le recours pour excès de pouvoir, transposant ainsi dans cette matière la règle posée pour le contentieux de pleine juridiction selon laquelle (332) sont repris les principes de l'article 474 du Code de procédure civile. Cet arrêt (333) admet cependant la tierce opposition de

(328) V. Esmein et Savatier, notes précitées, ainsi que Hébraud, Rev. tr. dr. civ. 1949, p. 290 ; Raynaud, Rev. trim. dr. civ. 1953, pp. 390 et 749 ; Starck, « L'affaire Ghattas et le problème de l'autorité absolue des jugements en matière de nationalité. Rev. critique de droit international privé, 1950, p. 310.

(329) Tr. civ. Valence, 16 mars 1955, Gaz Pal. 1955.II.10 ; Tr. civ. Toulon, 18 décembre 1957, D. 1958, Sommaire, 100, J.C.P. 1958.II.10398, note Vismard, observations Raynaud, Rev. tr. dr. civ. 1958, p. 307. Tr. gr. inst. 29 septembre 1959, D. 1959 J. 608, note Y Lobin.

(330) Civ., 13 mai 1958, D. 1958.J.446 ; J.C.P. 1958.II.10669, note Vismard, Revue trim. dr. civ. 1958, p. 456, obs. Raynaud.

(331) Kritter S., *La tierce opposition en droit administratif*, Thèse, Paris, 1935.

(332) Décret du 22 juillet 1806 et loi du 22 juillet 1889, art. 56, § 1er.

(333) 28 avril 1882, Ville de Cannes, Rec. 387.

manière plus générale qu'en matière civile. Il admet en effet que peuvent se porter tiers opposants ceux qui auraient eu qualité pour se porter intervenants au cours de la procédure.

1. — Cette solution extensive a encouru la critique de Laferrière (334). L'illustre auteur a remarqué justement qu'en matière de recours pour excès de pouvoir, l'intervention est permise à ceux qui justifient d'un simple intérêt, sans qu'ils aient besoin de se prévaloir d'un droit lésé ou menacé. « L'extension ainsi donnée au droit d'intervention en matière d'excès de pouvoir ne saurait s'appliquer à la tierce opposition et modifier les conditions légales de ce recours exceptionnel. S'il en était autrement, il n'y aurait presque pas d'arrêts prononçant une annulation pour excès de pouvoir qui ne pût être remis en question par une tierce opposition, car il n'y a presque pas d'actes administratifs au sort desquels quelque tiers ne puisse se dire intéressé. » Laferrière demandait en conséquence que la tierce opposition soit ouverte « dans les conditions du droit commun » à ceux qui justifient que l'arrêt d'annulation préjudicie à leurs droits.

2. — C'est pourtant à une solution beaucoup plus radicale qu'allait s'arrêter le Conseil d'Etat. Renversant sa jurisprudence Ville de Cannes, il pose, en effet, le 8 décembre 1899 dans une espèce Ville d'Avignon (335), l'irrecevabilité de la tierce opposition en excès de pouvoir. En effet, affirme notre Haute Assemblée, les instances en annulation pour excès de pouvoir « n'ont pas le caractère de litiges entre parties », le commissaire du gouvernement Jagerschmidt avait conclu en ce sens remarquant que « dans cette matière, personne ne peut s'opposer à l'exécution de la décision d'annulation, celle-ci opère *erga omnes*, dès lors on ne peut permettre à personne de se porter tiers opposant à ladite décision dont l'autorité doit rester entière et incontestée ». La décision du Conseil d'Etat montre également qu'une dissociation est désormais opérée entre l'intervention et la tierce opposition : « Si le Conseil d'Etat peut admettre les personnes qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de la puissance publique attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir à lui présenter leurs observations avant le jugement de ces instances, la circonstance que ces intéressés n'ont pas usé de cette faculté ne peut leur ouvrir la voie de la tierce opposition. »

3. — La jurisprudence du Conseil d'Etat devait cependant connaître un troisième et dernier revirement. Par un arrêt Boussuge du

(334) *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édition, 1896, tome II, p. 565.

(335) 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, Rec. 719, conclusions Jagerschmidt, note Hauriou, S. 1900.III.72.

29 novembre 1912 (336), elle se rangeait à la position de Lafferrière. Désormais, la tierce opposition est ouverte à tous ceux qui justifient d'un droit violé. La solution Ville d'Avignon va cependant servir de justification aux assauts de la doctrine à l'égard de l'arrêt Boussuge.

b) *La contestation de l'arrêt Boussuge par la doctrine.* — Les auteurs devaient contester l'arrêt du 29 novembre 1912 avec les mêmes arguments que celui du 8 décembre 1899, Ville d'Avignon avait déclaré irrecevable la tierce opposition. D'une part, l'arrêt Boussuge affirmait pour eux le caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir. D'autre part, et la raison est plus spécifique à la matière, il méconnaissait le principe fondamental de l'autorité absolue de la chose jugée (337). En effet, l'admission de la tierce opposition entraînait nécessairement l'inopposabilité à l'égard des tiers opposants du jugement qui en était frappé, de même qu'elle limitait au tiers opposant la chose jugée sur tierce opposition. Malgré toutes ces critiques, la tierce opposition s'est maintenue en excès de pouvoir comme dans les autres matières. Elle s'explique en procédure administrative comme en procédure civile. L'autorité absolue atteint de par son principe même les intérêts des tiers. Ceux-ci doivent être protégés. On retiendra cependant que la procédure administrative consacre l'admission de la tierce opposition, sans désormais aucune réticence, pour les jugements dotés de l'autorité absolue de la chose jugée. En cette matière, plus que dans les domaines où joue l'autorité relative, la protection des tiers est nécessaire.

2° *La réglementation de la tierce opposition.* — L'étude de la réglementation comparée dans les deux procédures est d'autant plus intéressante que les mêmes textes sont appliqués par l'une comme par l'autre. Le Conseil d'Etat a, en effet, admis qu'elle était ouverte même en l'absence de texte la prévoyant expressément (338). Il reprend, d'autre part, la formule de l'article 474 dans ses décisions, « cette voie de recours est ouverte, conformément à la règle générale posée par l'article 474 du Code de procédure civile, à ceux qui se prévalent d'un droit auquel la décision entreprise aurait préjudicié (339).

(336) 29 novembre 1912, Boussuge, Rec. 1128, conclusions Blum, S. 1914.III.33, note Hauriou ; R.D.P. 1913, p. 331, note Jèze, D. 1916.III.49, conclusions Blum, Weil et Braibant, G.A., p. 106, n° 31.

(337) V. note Jèze et Duguit, *Droit constitutionnel*, 3e édition, tome II, p. 497 ; Dareste, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, 1914, p. 306.

(338) 20 novembre 1931, Franc, S. 1932.III.21, D.H. 1932.J.10. Avant 1889 et dans le silence des textes régissant la procédure suivie par le conseil de préfecture, la tierce opposition était possible à l'encontre des arrêtés émanant de ces juridictions : 12 décembre 1866, Commune de Saint-Pierre-le-Bitry, D.P. 1869.III.61.

(339) Section, 2 juin 1933, Ruez, Rec. 605. M. Waline remarque à ce propos dans une note sous l'arrêt 29 mars 1957, Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes c. M. Costier, R.D.P. 1957, p. 1065 qui reprend, comme la plupart des

152. — A. — *Conditions de recevabilité.* — La tierce opposition vise à garantir une personne intéressée contre les effets possibles d'un jugement. Aussi n'est-elle pas recevable si cette personne a été partie ou représentée à l'instance. Il faut, de plus, que dans le cas du jugement en question, la chose jugée ait effectivement causé un préjudice au tiers opposant.

*a*) *Le requérant ne doit pas avoir été partie ou représenté à l'instance.* — Ainsi, il n'a pas « de ce fait bénéficié de toutes les garanties normalement accordées aux parties défenderesses » (340). Il doit être alors protégé par la tierce opposition.

La tierce opposition est, au contraire, fermée aux personnes qui ont été parties à l'instance, même si elles y ont fait défaut. De même, peuvent se voir opposer la chose jugée et refuser le droit de former tierce opposition les tiers représentés dans l'instance par un mandataire conventionnel (341) ou judiciaire (342). Il en est de même pour la représentation par des mandataires légaux (343). Les jurisprudences adoptent la même solution d'opposabilité de la chose jugée à l'égard des ayants-cause universels ou à titre universel (344). Quant aux ayants-cause à titre particulier, ils doivent subir l'effet des jugements rendus contre leur auteur avant la naissance de leur droit. Ils deviennent, au contraire, des personnes étrangères au sens de la tierce opposition pour les jugements rendus postérieurement à leur acquisition (345) Enfin, les créanciers chirographaires sont considérés comme ayant été représentés par leur débiteur. Ils ne peuvent donc former tierce opposition aux jugements dans lesquels celui-ci a été partie (346).

Conseil d'Etat et Cour de cassation ont étendu ces solutions au cas où une indivisibilité d'intérêts existe entre la partie à l'instance et la personne qui prétend faire jouer la tierce opposition. Ainsi, pour la jurisprudence, les débiteurs solidaires d'une imposition étant censés s'être donné mandat de se représenter, le jugement intervenu à l'en-

décisions rendues sur tierce opposition, la même formule. « Nous avons donc ici un nouvel exemple de la jurisprudence qui fait du Code de procédure civile, ou au moins des principes qu'il applique, une législation supplétive des lacunes du droit procédural écrit devant les juridictions administratives... »

(340) Trib. Adm. de Lyon, 27 septembre 1957, sieur Sempère, Rec. 782.

(341) Req., 10 février 1909, D.P. 1909.I.376 ; 29 janvier 1841. Le Prévost, Rec. 33.

(342) Civ., 21 mars 1927, D.H. 1927.J.255 ; 1er juin 1883. Armand et autres, Rec. 510.

(343) Assemblée. 31 octobre 1952, S.N.C.F. c. Merlin.

(344) *Encyclopédie procédure civile et commerciale*, V° Tierce opposition, n°s 208 et suiv. 9 avril 1817, Fabrique de Cambrai, Rec., t. II, 206.

(345) Douai, 21 juin 1948, D. 1948.J.562. Comp., 21 juin 1826, Kapp. Rec. 335 ; 29 janvier 1841, Le Prévost, Rec. 33.

(346) Agen, 28 juillet 1890, D.P. 1892.II.50 ; Alger, 30 novembre 1892, D.P. 1893.II.511. 4 juin 1826 Delabarre, Rec. 272 ; 4 décembre 1929, Baumann, Rec. 1062 ; 26 mai 1937, Association des obligataires de la Compagnie fermière de Luchon, Rec. 530.

contre de l'un d'eux est opposable aux autres qui ne peuvent, en conséquence, former tierce opposition (347).

L'admission très large de la représentation est compensée par la théorie de la fraude. Si la partie à l'instance a agi de manière frauduleuse à l'égard de la personne prétenduement représentée, cette dernière pourra agir contre le jugement intervenu par la voie de la tierce opposition (348). Il ne s'agit pas là, à notre avis, d'une forme extraordinaire de tierce opposition. Le dol ou la fraude ne concerne pas la tierce opposition mais la représentation. La représentation tombant, parce que le représentant a détourné ses pouvoirs, la tierce opposition devient possible.

*b) La chose jugée doit causer un préjudice réel au tiers opposant.* — Plus que de tiers opposant il faudrait parler, pour être plus précis, de personne étrangère à l'instance. Un tiers quelconque ne peut former tierce opposition. La tierce opposition n'est ouverte qu'aux personnes qui justifient d'un droit auquel la décision attaquée préjudicie. Nous avons remarqué que cette condition était exigée aussi bien par la procédure civile qu'administrative. Elle pose cependant deux questions qu'il est nécessaire d'envisager.

1. — *La liaison entre intervention et tierce opposition* est évidente. Celle-ci, comme celle-là, permet à une personne étrangère à l'instance de faire entendre son point de vue. Il suffit parfois, pour la première, de justifier d'un intérêt. Tandis que pour la seconde, la violation d'un droit est toujours exigée. Nous voyons cependant à cette dissociation une double justification. L'intervention se réalise en cours d'instance alors que l'on peut légitimement ignorer quels seront les effets possibles de la chose jugée, tandis que la tierce opposition s'attaque à un préjudice prétendument né de la chose jugée et qui doit donc exister réellement. D'autre part, nous avons vu que l'intervenant ne pouvait présenter de conclusions autonomes que dans la mesure où il se prévalait d'un droit en procédure civile et qu'il ne pouvait jamais présenter de telles conclusions dans la procédure contentieuse administrative. L'exigence d'un droit est la rançon pour le tiers opposant de la prérogative qui lui est accordée de remettre en cause de façon autonome la chose jugée.

2. — *La distinction entre les personnes étrangères à l'instance* mais touchées dans leurs droits par la chose jugée *et les véritables tiers* est *particulièrement délicate.* Elle peut se résoudre grâce à la mise en lumière du but de la tierce opposition. Celle-ci, avons-nous dit, est recevable chaque fois que la relativité de l'instance a amené une réper-

(347) 19 mars 1956, Jean, Rec. 130.

(348) Req., 5 juillet 1898, D.P. 1899.I.481 ; Req., 14 janvier 1941, S. 1941.I.110 ; 10 février 1933, Gontier et Société Banque industrielle de Chine, deux espèces, Rec. 183, 184.

cussion sur la situation juridique d'une personne qui n'y a pas participé. Le droit lésé est mis en lumière par la *nécessité pour exécuter la chose jugée de mettre en cause, de façon directe et inéluctable,* la situation juridique d'une personne qui y est étrangère. Ainsi, la nomination d'un administrateur provisoire dans une société composée de deux actionnaires ne peut préjudicier à aucun droit pouvant appartenir à des tiers (349). Dans ce cas, en effet, la chose jugée n'est directement exécutoire que quant à ces deux actionnaires. Par contre, lorsqu'un conseiller municipal a obtenu l'annulation d'un arrêté du maire réglant l'ordre du tableau, il est évident que le rang de tous les autres conseillers municipaux va être bouleversé de manière directe et inéluctable. Aussi, un autre conseiller municipal qui figurait sur le tableau établi, à un rang meilleur que l'auteur de recours initial, est recevable à former tierce opposition à l'arrêt rendu en son absence (350). De même, sont recevables à agir, le conjoint et les parents du prodigue contre le jugement de mainlevée du conseil judiciaire (351). Dans tous ces cas, en effet, la chose jugée s'exécutera directement sur des personnes étrangères, qui n'ont pu faire entendre leur point de vue dans l'instance.

Si le jugement intervenu n'est, au contraire, qu'une décision de rejet d'une demande présentée, il n'apporte aucun élément nouveau à la situation juridique des personnes étrangères à l'instance qui sont alors irrecevables à former tierce opposition (352). Il en est de même pour les décisions qui, ne jugeant rien, « ne sauraient être préjudiciables à personne ». (353). Il en est ainsi pour le jugement qui se borne à ordonner la transcription d'un acte ; il s'agit, en effet, là d'une simple formalité sans influence sur la validité ou la nullité de cet acte.

153. — B. — *Effets de la tierce opposition.* — La tierce opposition formée en dehors de tout procès est de la compétence du juge qui a rendu la décision attaquée (354) : elle est alors une voie de rétractation. Si elle apparaît, au contraire, au cours d'une instance déjà engagée à l'occasion d'un jugement opposé par l'une des parties à l'autre,

(349) 28 octobre 1955, Salvator, Rec. 509.

(350) 11 juin 1958, Elections municipales de Tananarive, Rec. 336. V. également Section, 8 juillet 1955, Ville de Vichy, Rec. 396 ; Section, 18 octobre 1957, Floch, Rec. 542, conclusions Grévisse A.J. 1957.II.480.

(351) Amiens, 30 janvier 1886, D.P. 1888.II.39.

(352) 5 janvier 1951, Guiderdoni, Rec. 5 ; Tribunal administratif de Paris, 22 juin 1956, Rec. 357, « le refus par le juge d'ordonner le sursis à l'exécution d'une décision et n'est dès lors susceptible de préjudicier à aucun droit, qu'il ne saurait en conséquence être attaqué par voie de tierce opposition ».

(353) Larguier, *Encyclopédie procédure civile et commerciale,* V° Tierce opposition, n° 105.

(354) Art. 475, § 1er, C. pr. civ., 16 juin 1943, Granaux, Rec. 154 ; 5 octobre 1955, sieur Francesschi, Rec. 465, 11 juin 1958, Elections municipales de Tananarive, Rec. 337.

elle est de la compétence du juge saisi de cette instance (355)). Son caractère varie cependant dans ce second cas. Elle est, soit une voie de rétractation, soit une voie de réformation selon que le tribunal saisi du procès en cours est inférieur ou supérieur dans la hiérarchie judiciaire au tribunal qui a rendu la décision attaquée.

Une dissociation particulièrement énergique de la tierce opposition en procédure civile et en procédure administrative a été opérée par M. Heurté (356). Pour cet auteur, elle apparaît en droit privé comme une voie de recours fonctionnant sous la forme d'une sorte d'exception ayant pour objet d'aménager dans l'intérêt des tiers les effets d'un jugement et ne paraissant pas impliquer nécessairement l'ouverture d'une nouvelle instance douée d'une spécificité propre. Au contraire, pour M. Heurté, la tierce opposition en droit administratif, étant un recours en annulation a pour conséquence d'ouvrir une nouvelle instance, différente de celle qui a abouti au jugement attaqué et dont les effets, lorsqu'elle triomphe, sont particulièrement énergiques.

Nous ne pensons pas que cette opposition soit exacte. La tierce opposition, aussi bien en procédure civile que dans la procédure administrative contentieuse, produit des résultats analogues.

*a*) *Si la tierce opposition est reconnue fondée*, c'est-à-dire si le tiers opposant arrive à démontrer que la chose jugée porte atteinte à ses droits, le juge saisi de cette situation juridique dont le premier tribunal ne pouvait pas s'emparer, va remplacer le jugement attaqué par une décision nouvelle qui détermine la situation juridique du tiers opposant quant au point litigieux. En principe, donc, la chose jugée n'est modifiée qu'en ce qui concerne le tiers opposant. Le jugement ne disparaît que dans la mesure où il lui préjudicie. La solution est contestée en procédure civile (357). Un arrêt récent Floch (358), 18 octobre 1957, vient de réaffirmer le même principe en droit administratif, à la suite de l'annulation, par le Conseil d'Etat, d'un arrêté reclassant les sieurs Floch et Villaret, à la demande d'un sieur Duthu, le sieur Floch forma une tierce opposition contre cet arrêt. La décision du 18 octobre 1957 rétracte l'annulation « en tant qu'elle concerne le sieur Floch », mais n'envisage pas le cas du sieur Villaret. Le premier arrêt conserve donc ses effets quant à lui. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de cette jurisprudence.

Dire que la solution intervenue sur tierce opposition ne s'applique,

(355) Civ., 1er août 1865 (motifs), D.P. 1865.I.356. Tribunal administratif de Lyon, 27 septembre 1957, Sempere, Rec. 782, v. cependant, Tribunal administratif de Marseille, 4 mars 1959, A.J. 1959.II.89, observations A.M.

(356) Heurté A., « La tierce opposition en droit administratif », D. 1955, Chr. 67.

(357) Civ., 26 février 1861, D.P. 1861.I.481 ; Civ., 1er juillet 1924, D.H. 1924.J.562.

(358) Section, 18 octobre 1957, Floch, Rec. 542, A.J. 1957.II.481, conclusions Grévisse. V. également, 27 juin 1855, Commune de la Vendue-Mignot, Rec. 467.

en principe, qu'au tiers opposant ne signifie pas que si la décision attaquée avait l'autorité absolue, elle n'aura désormais qu'une autorité relative. On entend simplement exprimer par là que l'examen de la situation du tiers opposant a amené le juge à rendre la chose jugée inopposable à son encontre.

Dans la plupart des cas, il est impossible « de concilier l'exécution du nouvel arrêté, même en le restreignant aux droits du tiers lésé. avec le premier » (359). On ne peut alors faire disparaître le jugement à l'égard de la personne étrangère à l'instance qui l'a attaqué qu'en le faisant disparaître en même temps à l'égard de tous les intéressés (360). La complexité des situations juridiques dont le juge se trouve saisi l'amène alors à estimer l'intérêt du tiers opposant supérieur à celui des personnes qui avaient obtenu satisfaction par le premier jugement.

*b*) *Si la tierce opposition est reconnue non fondée.* — Le jugement produira alors ses effets à l'égard du tiers opposant. Comme la tierce opposition peut être utilisée par des plaideurs de mauvaise foi pour contrecarrer la chose jugée, le juge a, dans tous les cas, la possibilité de condamner le plaideur abusif à une amende (361) (362).

*
**

154. — *Conclusion du Titre I.* — La fixation du cadre de l'instance par les parties est une donnée fondamentale des deux procédures. Nous avons pu montrer, grâce à une étude comparée, que le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse habituellement allégué en ce domaine ne confère au juge aucun pouvoir particulier. Dans les deux matières, le juge ne peut transgresser la volonté des parties. L'étude des garanties accordées aux parties dans le déroulement de l'instance sera une nouvelle confirmation de cette idée.

(359) Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, 1891, p. 430.

(360) Soc., 29 juin 1951, S. 1952.I.20.

(361) Article 479, C. pr. civ., Civ. 17 juillet 1849, D.P. 1850.I.131, Req., 2 janvier 1895, D.P. 1895.I.279. Ordonnance du 31 juillet 1945, article 79, 29 juillet 1953, Minart, Rec. 408.

(362) En matière administrative, la tierce opposition peut être introduite sans condition de délai. En matière civile, la plupart des auteurs admettent qu'un délai de trente ans doit être fixé, v. Cuche et Vincent, *Procédure civile et commerciale*, Dalloz, 1958, 11e édition, p. 416, Larguier, *op. cit.*, nos 297 et suiv.

# TITRE II

## *LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE ET LA GARANTIE DES DROITS ET INTERETS DES PERSONNES EN CAUSE*

154. — Si l'instance pouvait se prolonger indéfiniment, si elle pouvait être recommencée sans cesse au gré des parties, il ne serait pas nécessaire d'aménager, dans son déroulement, des garanties pour celles-ci. La personne qui estimerait n'avoir pu justement défendre ses droits et intérêts dans une première instance, en introduirait une seconde. Elle y aménagerait alors sa protection au mieux de ses intérêts.

Nous avons montré, dans notre Titre I, que telle n'était pas la conception du droit français. Peu à peu, la liberté des parties disparaît, en même temps que le cadre de l'instance se fixe. Il est donc nécessaire de prévoir et d'organiser dans l'instance un ensemble de garanties, puisque le renouvellement intégral de celle-ci est impossible. Mais, ce qui démontre que l'instance reste, dans son cheminement, la chose des parties, c'est que celles-ci peuvent l'interrompre, si elles pensent que cet arrêt leur sera plus profitable.

Si donc les personnes en cause bénéficient de garanties dans le cadre du déroulement de l'instance (Chapitre I), l'arrêt du déroulement de l'instance par ces mêmes personnes reste possible (Chapitre II). Tout dans cette étude va démontrer l'unité des deux procédures. Les principes appliqués sont les mêmes. Les solutions jurisprudentielles administratives sont tirées de la pratique civile. Le juge administratif, bien qu'armé de pouvoirs de nature inquisitoriale ne peut en user pour s'éloigner de la volonté des parties.

## CHAPITRE PREMIER

### *Les personnes en cause bénéficient de garanties dans le cadre du déroulement de l'instance.*

155. — La garantie que les parties ne peuvent trouver dans le renouvellement de l'instance leur est offerte dans le déroulement de celle-ci.

L'instance principale est, par son existence même, une protection pour les parties. Elle les garantit contre l'usage des voies extra-judiciaires, plus spécialement contre celui des voies de fait. Elle les garantit, d'autre part et surtout, parce qu'un ensemble de moyens de protection a été aménagé par le législateur au bénéfice des personnes en cause : ce sont les garanties inhérentes à toute justice : respect des droits de la défense, publicité, motivation...

L'aménagement d'instances dérivées dans lesquelles les parties peuvent également défendre leurs intérêts constitue également une garantie. La possibilité pour les parties de recommencer l'instance principale devant un juge supérieur (appel) ou celle de faire contrôler les conditions dans lesquelles celle-ci s'est déroulée devant un juge suprême (recours en cassation) se retrouvent depuis longtemps dans les deux procédures. On n'a jamais contesté ni leur intérêt, ni le but de protection qu'elles poursuivent.

La garantie des parties revêt donc deux aspects. L'instance principale constitue, de par son existence, une garantie pour les parties (Section I). Celles-ci sont également investies d'un droit à la prolongation de l'instance principale (Section II).

## Section I

### L'instance principale constitue de par son existence une garantie pour les parties.

156. — La meilleure des protections des parties dans une instance est celle qui résulte de *l'information*. Si, par des procédures appropriées, les parties sont mises au courant des actes du juge, en même temps que de ceux des parties adverses, elles peuvent organiser leur défense. L'information doit donc servir la garantie des droits de la défense.

Il ne faut pas, toutefois, assimiler droits de la défense et droits du défendeur. Le demandeur a aussi bien le droit de se prémunir contre un acte abusif du juge ou de la partie adverse. Il en est de même pour les intervenants à l'égard du juge ou de la partie adverse de celle dont ils épousent les intérêts. Il faudrait donc parler plus justement de droits des parties (encore que cette expression soit elle-même parfois trop restrictive, parler des droits des personnes en cause serait plus adéquat) à la défense.

La preuve la plus apparente de la protection de ces droits résulte de la production par les parties d'une argumentation juridique. Si elles n'opèrent pas cette production ou si leur comparution en justice n'est pas complète, une protection particulière existe dans notre droit, la voie de l'opposition.

Nous étudierons, d'une part, comment l'information des parties assure leur protection (Sous-section I) et, d'autre part, dans quelle mesure les droits de la défense sont protégés par la voie de l'opposition (Sous-section II).

## Sous-Section I

### L'information des parties assure leur protection.

157. — On pourrait concevoir que l'information soit organisée de manière différente dans les deux procédures. En procédure civile, l'initiative des parties leur permettrait seule d'en bénéficier. L'information se réaliserait par des demandes des parties au juge. Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse, s'il réagissait sur l'ensemble de l'instance, devrait produire des conséquences rigoureuses, ment opposées. Le juge, de sa propre autorité, devrait aménager la protection des parties et par des communications leur donner connaissance des actes accomplis dans ce but.

Malgré ces particularités, nous allons constater que les deux procédures s'arrêtent à une solution moyenne. *La procédure administrative contentieuse ne justifie pas l'inertie des parties ; du moins, pas plus que la procédure civile ne légitime l'inertie du juge.* Les différentes formes de l'information se réalisent selon les cas par des initiatives des parties ou des actes du juge.

C'est en fonction du moment où les parties doivent être informées, que nous opérerons des distinctions parmi les formes de cette garantie. Au moment de la naissance de l'instance, joue le droit des parties d'être informées de l'instance. Pendant l'instance, s'exerce le droit des parties d'avoir une information suffisante dans l'instance. Après l'instance, la décision juridictionnelle par son contenu informe les parties.

### § I. — Le droit des parties d'être informées de l'instance

158. — Ce droit, à vrai dire, est plus un principe directeur de l'initiative des parties ou du juge qu'un élément essentiel du principe du contradictoire : il interfère, en effet, avec d'autres garanties données au plaideur. Seules ont le droit d'être appelées dans l'instance les parties, mais c'est justement le fait d'assigner ou de mettre en cause une personne qui en fait une partie. En principe, le demandeur doit, en procédure civile, assigner tous les intéressés, tandis qu'en procédure administrative contentieuse, l'initiative des parties et celle du juge pour la mise en cause des intéressés se partagent également.

Le plaideur qui a été mis en cause et n'a pas produit de défense dispose, sous certaines conditions, de l'opposition. L'intéressé non assigné ou mis en cause peut user de la tierce opposition si le jugement intervenu préjudicie ses droits. Si bien que les droits de la défense ne font respecter, à la lettre, le droit des parties d'être informées de l'instance que dans deux cas.

Ou bien une partie n'a pas été en mesure de connaître le jour de l'audience par suite de manœuvres frauduleuses de la partie adverse, cas auquel il faut assimiler celui où un délai suffisant pour présenter sa défense ne lui a pas été imparti.

Ou bien, le juge qui avait, en vertu d'un texte légal, le pouvoir de se saisir d'office a laissé ignorer l'instance aux principaux intéressés. Cette deuxième hypothèse se produit lorsque la procédure suivie est une procédure disciplinaire.

La jurisprudence civile annule ainsi des décisions disciplinaires, prises par exemple à l'égard d'avocat, lorsqu'il est établi que l'inculpé n'a pas été appelé dans l'instance (1).

La jurisprudence administrative applique un principe analogue. Elle l'a dégagé à l'occasion des décisions rendues par les jurys d'honneur, juridictions aujourd'hui disparues, qui avaient le pouvoir de se

(1) Civ., 17 décembre 1900, S. 1901.I.181.

saisir elles-mêmes. Un arrêt d'Aillières (2) a établi « qu'en admettant que le jury d'honneur ait eu la faculté de se saisir d'office du cas du requérant... il ne pouvait, dans cette hypothèse, statuer valablement sans aviser l'intéressé de la procédure suivie à son égard et sans le mettre ainsi en mesure de présenter devant le jury d'honneur telle observation que de droit ». Mais la manière dont les parties doivent être informées de l'instance n'est pas formaliste. Il suffit qu'en fait, elles n'ignorent pas qu'une procédure est engagée contre elles (3).

Que ce droit soit consacré *également dans les deux procédures* n'est pas étonnant. Ce n'est que si les parties ont connaissance du déroulement de l'instance qu'elles vont pouvoir user de leur droit fondamental à être informées de toutes les pièces et toutes les mesures prises dans celle-ci.

### § II. — Le droit des parties d'avoir une information suffisante dans l'instance

159. — Il s'agit d'un des éléments les plus fondamentaux du principe du contradictoire. Les parties doivent pouvoir se défendre utilement. Pour cela, elles doivent connaître l'argumentation et les pièces que la partie adverse invoque, ainsi que celles que le juge utilise. Elles disposent à cette fin d'un droit de communication. Il faut déterminer les conditions que la partie doit remplir pour que le droit puisse être exercé, l'étendue du droit de communication et les formes de la communication.

160. — 1° *Conditions d'existence du droit à la communication.* — Garantie pour les parties, le droit existe même sans texte devant toutes les juridictions. La question se pose cependant de savoir si la communication doit être demandée ou si le juge peut l'ordonner *proprio motu.*

A. — *Le droit à la communication existe de plein droit.* — En matière *civile,* l'article 188 prévoit la possibilité de la communication devant les tribunaux de grande instance. Mais la jurisprudence en a étendu la portée à tous les tribunaux et tous les procès, si bien que le droit à la communication est une garantie qui joue, sauf texte exprès en sens contraire (4).

(2) 7 février 1947, d'Aillières, Rec. 50 ; Long, Weil et Braibant, p. 273 ; R.D.P. 1947.68, concl. Odent, note Waline ; J.C.P. 1947.II.3508, note Morange. Assemblée, 9 juillet 1948, Fiancette, Rec. 318.

(3) Assemblée, 9 juillet 1948, Fiancette, Rec. 318, « Considérant que, si le jury d'honneur s'est saisi d'office du cas du requérant il résulte des pièces du dossier soumis au jury d'honneur que le sieur Fiancette, *qui n'ignorait pas que cette juridiction allait statuer sur son cas* n'a pas présenté de demande en vue d'obtenir la communication de son dossier... »

(4) Grenoble, 3 décembre 1892, D.P. 93.2.574 ; Lyon, 29 juillet 1947, D. 1948, Somm. 23 ; Tr. paix, Versailles, 2 mars 1954, Gaz. Pal. 1954.I.330. V. également observations H. Vizioz sur Soc., 20 avril 1944, Rev. tr. dr. civ. 1944.195.

En matière *administrative*, le même principe est retenu. Prévu par les textes régissant la procédure devant le Conseil d'Etat (5). et les tribunaux administratifs (6), un arrêt Villes (7) l'a étendu à toutes les juridictions administratives en proclamant qu'il s'agit là d'une règle générale de procédure qui s'impose même en l'absence de texte à toutes les juridictions.

B. — *La communication doit-elle être demandée ?* — Les deux procédures confèrent les mêmes obligations aux parties.

En procédure civile, la communication se fait généralement entre avocats de manière amiable. Si bien qu'en principe le problème de l'initiative du juge ne se pose pas. Mais si la communication n'intervient pas ainsi de manière gracieuse, elle est demandée au juge par la voie de l'exception de communication de pièces. L'intervention du juge lui permet d'apprécier alors souverainement l'utilité de la communication demandée (8). S'il la rejette, l'instance se poursuit. S'il admet la demande, il suspend l'instance jusqu'à ce que la communication soit effectuée.

En procédure administrative contentieuse, le problème a été beaucoup plus débattu. Cette procédure étant dirigée par le juge, les auteurs (9) se sont demandé s'il n'y avait pas lieu pour ce dernier de commu-

(5) Articles 53 à 57 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 ; article 39 du décret du 31 juillet 1945.

(6) Article 8 de la loi du 22 juillet 1889. modifié par le décret du 10 avril 1959.

(7) 10 août 1918, Villes, Rec. 841, conclusions Berget, S. 1922.3.57. Conclusions Berget ; 10 juin 1932, Ollier, Rec. 570 ; 13 mars 1937, Société de transbordement du port de Strasbourg, Rec. 310.

(8) Req., 30 avril 1902, D.P. 1902.I.285 ; Civ., 7 juillet 1910, D.P. 1912.I.62 ; Dijon, 30 octobre 1956 (D. 1957, Somm. 16).

(9) Il s'agit de M. Liet-Veaux, dans une note au S. 1947.III.49, dont l'opinion a été reprise par M. Maleville au Jurisclasseur Administratif, fasc. 620, n° 671, et M. D. Jacquemart, *Le Conseil d'Etat, Juge de cassation*, Thèse, Lille, 1956, p. 214. Dans sa note précitée, M. Liet-Veaux fait remarquer « Tantôt les parties doivent être à même, tantôt mises à même de présenter leurs moyens de défense. Ce n'est pas du tout pareil « être à même », cela signifie que les intéressés ne doivent *pas être empêchés* de prendre communication du dossier... « être mis à à même », cela veut dire que la juridiction saisie doit faire en sorte que les intéressés sont tenus au courant de la procédure en cours, sont *invités* à prendre connaissance du dossier ». L'opinion de M. Liet-Veaux repose sur une confusion entre le droit d'être appelées dans l'instance qu'ont les parties — nous l'avons montré, le juge ne peut statuer régulièrement s'il résulte des circonstances de la cause que les parties n'ont pu connaître l'instance — et le droit des parties de prendre connaissance des documents de la cause. Ainsi, il cite comme confirmant son opinion l'arrêt d'Aillières : cet arrêt concerne non la communication mais la nécessité pour le juge qui se saisit d'office de convoquer les parties. La non-distinction entre ces deux droits résulte bien de la phrase suivante du professeur Liet-Veaux « la communication devrait être provoquée par l'Administration lorsque la procédure en cours a un aspect disciplinaire ou répressif, en un mot, unilatéral ; lorsque la procédure, en revanche a un aspect contradictoire, bilatéral, la communication du dossier doit être demandée par l'intéressé ». Les opinions de MM. Maleville et Jacquemart reposent sur la même confusion. Ils

niquer dans certains cas les pièces produites à la partie adverse. La jurisprudence de la Haute Assemblée ne retient cependant pas cette suggestion. Les parties doivent toujours demander la communication au juge des pièces du dossier, le juge n'a pas à ordonner d'office cette communication (10), sauf exception légale (11). Ayant été averties qu'une instance avait lieu, les parties sont en faute, si elles n'y participent pas avec la diligence voulue. Comme le dit M. R. Odent : « L'avertissement qu'une instance est engagée vaut mise en demeure d'avoir à réclamer la communication du dossier : les défendeurs, pas plus que les requérants ne sauraient se plaindre d'un défaut de communication imputable à leur propre négligence » (12).

161. — La position retenue par la juridiction administrative montre que, *malgré le caractère inquisitorial de la procédure, le juge main-*

distinguent entre le demandeur qui doit demander la communication des pièces du dossier intéressant la cause et le défendeur qui doit être mis à même de fournir sa défense. Or, M. Jacquemart notamment (Thèse citée, p. 215, 2°) justifie ainsi ce qu'il prétend être la position du Conseil d'Etat « il désire (le Conseil), avant toute chose, qu'aucune personne ne soit l'objet d'une décision juridictionnelle sans avoir été, au préalable avertie de la procédure qui se déroulait contre elle. Il faut en effet ne pas oublier que l'instruction des affaires devant les tribunaux administratifs revêt la forme inquisitoriale... On comprend dès lors très bien que le demandeur doive prendre l'initiative et réclamer la communication du dossier : il n'est pas concevable que le défendeur soit astreint à la même obligation puisqu'il est susceptible d'ignorer qu'une instance est pendante contre lui... ». Les deux droits sont indissolublement confondus pour M. Jacquemart. si bien qu'il donne comme motif du droit pour le défendeur d'être « mis à même » de recevoir la communication le fait qu'il peut ignorer l'instance, mais il s'agit ici d'une question tout à fait différente.

(10) La jurisprudence est dans ce sens depuis 1864 (v. avant cette date 22 mars 1860, Robasse, Rec. 245) 19 mai 1864, Bacquey, Rec. 459 ; 27 février 1924, Vatier, Rec. 221 ; 11 février 1959, Société des produits Bozel-Malétra, Rec. 62 ; 25 janvier 1957, Compagnie des chemins de fer algériens, Rec. 62. Un très important arrêt de Section (15 juillet 1959, Société d'approvisionnement des matériaux de production et d'exploitation des carrières, R.P.D.A. 1959 p. 140) réaffirme avec netteté le principe « ... si la commission nationale instituée par l'article 95 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 étant une juridiction administrative, doit observer toutes les règles générales de procédure dont l'application n'est pas écartée par une disposition législative formelle ou n'est pas inconciliable avec son organisation et si, par suite, les parties doivent toujours être à même de prendre connaissance du dossier tel qu'il est constitué, avant le jugement de l'affaire, ladite commission, en l'absence de prescriptions législatives ou réglementaires l'y obligeant, n'est pas tenue, sauf en cas de demande formelle de la partie, d'aviser un requérant des diverses productions effectuées par les services de la sécurité sociale en réponse à son recours et de l'inviter à prendre communication du dossier ».

(11) V. par ex. 27 février 1925, Canbat, Rec. 219 ; 29 décembre 1926, Veuve Thiéblemont. Rec. 1192.

(12) R. Odent, « Les droits de la défense », E.D.C.E. 1953, p. 55 ; v. p. 58.

*tient aux parties une liberté d'action aussi étendue que celle dont elles disposent en matière civile* (13).

Comme en matière civile, une fois saisi de la demande des parties, le juge recouvre quelque pouvoir : il peut apprécier si la communication est utile ou non. Ainsi, il refuse la communication d'un mémoire qui ne fait que développer des moyens indiqués dans un premier mémoire (14). Les autres exceptions se rattachent au problème de l'étendue du droit à la communication.

162. — 2° *Etendue du droit à la communication.* — Le droit à la communication existe pour les parties l'une à l'égard de l'autre, mais les parties ont aussi un tel droit à l'égard du juge. Ce dernier ne peut, en effet, statuer à l'aide de documents qu'il s'est procuré sans les communiquer aux parties.

163. — A. — *Le droit à la communication entre les parties.* — En matière civile, la raison d'être de la communication de pièces est de permettre à la partie adverse de se défendre utilement en discutant le document avancé, seules doivent être communiquées les pièces employées par cette partie adverse (15). On ne peut cependant admettre que les droits de la défense soient paralysés par le fait qu'une partie n'utilise pas une pièce contraire à ses intérêts. La partie adverse doit pouvoir, après avoir établi l'existence de la pièce entre les mains de l'adversaire, en demander la communication (16).

Les principes adoptés par la jurisprudence établissent *en matière de plein contentieux* un principe analogue à celui de la jurisprudence civile, même si la personne contre laquelle la communication a été demandée est l'administration. Un exemple le montrera (17). Les avocats présents à la barre du Conseil d'Etat, le 7 mars 1890, discutaient le recours (ayant trait à un marché de fournitures militaires) lorsque l'avocat du fournisseur s'aperçut que la minute d'une pièce importante invoquée contre lui par l'administration (décision ministérielle du 13 novembre 1885) n'était pas conforme à la copie de la même pièce produite au Conseil d'Etat par le ministère de la Guerre. La minute

(13) Le même principe est appliqué dans la procédure disciplinaire administrative non contentieuse. Les intéressés doivent demander une fois avisés des intentions de l'administration, la communication de leur dossier, l'administration n'a pas à leur donner d'office communication des griefs (10 juillet 1935, Perfettini, Rec. 793. V. également J. SOUBEYROL, « La communication des documents administratifs aux administrés, A.J. 1958.I.43).

(14) 19 mai 1922, Hecquet, Rec. 444 ; 12 juin 1939, sieur X, Rec. 384.

(15) Article 188 Code procédure civile ; Req., 15 juillet 1901, D.P. 1901.I.499 ; Besançon, 31 juillet 1951, D. 1951.692. La jurisprudence a également admis que l'on puisse demander la communication de livres de commerce (Besançon préc.).

(16) Req., 15 juin 1892, D.P. 1892.I.596 ; Poitiers, 30 mai 1927, D.H. 1927.408 ; Tr. civ. Neufchâtel, 12 juin 1957, D. 1957, Somm. 16.

(17) V. note 1 suiv. 25 juillet 1890, Société générale des fournitures militaires c. ministre de la guerre, Rec. 722.

portait la signature d'un intendant militaire ayant agi au nom du ministre ; la copie indiquait la signature du ministre en personne. La pièce était importante pour la solution du procès, les ministres n'ayant pas alors le pouvoir de déléguer leur droit de décision. Aussi, l'avocat prit immédiatement des conclusions pour demander le dépôt au greffe de la pièce contestée. Le Conseil d'Etat a fait droit à ces conclusions. Bien que le Conseil d'Etat ait renvoyé l'affaire pour « supplément d'instruction », il s'agissait là d'une application classique de l'exception de communication de pièces dont l'étendue ne subit aucune limite en matière de plein contentieux (18). De plus, en l'espèce, il ne s'agissait pas, malgré les termes du Conseil d'Etat, d'une pièce invoquée par l'administration, mais bien d'une pièce détenue par l'administration, non invoquée par elle, mais dont la partie adverse, la Société générale des fournitures militaires, avait établi l'existence, et qui était essentielle pour la solution du procès. Identité encore ici entre la solution judiciaire et celle de la jurisprudence administrative.

Dans le *domaine de l'excès de pouvoir* le problème se pose dans des termes différents (19). L'administration auteur de la décision, n'étant pas partie à l'instance, aucune communication ne peut évidemment lui être réclamée par le demandeur en annulation. Les parties, ou plutôt la partie, sont donc impuissantes. Mais les pouvoirs du juge permettent d'annihiler la force d'inertie de l'administration. Par le biais de ses pouvoirs d'instruction (20), le juge peut ordonner à celle-ci de produire certaines pièces. La solution semble donc identique à celle adoptée en plein contentieux et, par conséquent, en procédure civile. Mais nous sommes là dans le domaine de l'instruction. Si les parties peuvent demander la production, elles n'ont pas le droit de l'exiger, le juge ayant le pouvoir de décider souverainement de la nécessité de mesures d'instruction (21). Encore, n'y a-t-il là qu'une différence de degré et non pas de nature avec le droit de communication puisque, dans cette dernière matière, le juge peut toujours apprécier l'utilité de la communication demandée.

(18) La solution retenue est identique dans le contentieux des contraventions de grande voirie. 13 mars 1957, Société commerciale de Narbonne, Rec. 173, ainsi que dans la procédure disciplinaire administrative non contentieuse : 6 novembre 1946, Dumesnil, Rec. 256 ; 26 juillet 1947, Richer de Forges, Rec. 357.

(19) Il n'est pas évoqué dans la thèse de M. B. Kornprobst, Thèse, Aix, 1958. « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », L.G.D.J. 1959, préface P. Weil.

(20) Cette question sera approfondie avec l'étude de ces pouvoirs. Deuxième Partie, titre II, chapitre II.

(21) 7 août 1906 Lansac, Lairy et autres, Rec. 775. Le Conseil d'Etat procède ici notamment par la voie des vérifications administratives, v. p. ex. 24 juin 1953, Baugès Faurry, R.D.P. 1954.212, ainsi que la Chronique Gazier et Long, J.C.P. 1953.I.1132, n° 7 ; 1er mai 1936, Couespel du Mesnil, Rec. 485, « il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir d'exiger de l'administration compétente à la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations des requérants ».

164. — B. — *Le droit à la communication à l'égard du juge.* — Le principe du contentieux interdit au juge d'asseoir son jugement sur des faits dont il aurait acquis la connaissance par des investigations personnelles, sans que les parties aient été mises à même de discuter le résultat de ces recherches.

En *procédure civile*, le juge applique rigoureusement ce principe. Les parties doivent être mises à même de présenter leurs observations sur ces recherches exceptionnelles du juge (22). On comprend que, dans ce cas, le juge soit dans l'obligation de faire connaître aux parties le résultat de ses recherches *proprio motu* car, sans cela, les parties ignoreraient qu'elles ont eu lieu (23). Les mêmes idées animent la *jurisprudence administrative*. Ainsi, un arrêt du 9 mai 1916, Société anonyme de la Sucrerie de Chalon-sur-Saône (24), réforme un jugement du Conseil de préfecture pour non communication du rapport d'un agent de l'administration : « Qu'il est établi par l'instruction et formellement reconnu par l'administration que ce rapport n'a jamais été communiqué à la requérante, qui n'en a connu l'existence que par la notification de l'arrêté attaqué ; que le Conseil de préfecture ne pouvait, en raison même du caractère spécial du rapport dont s'agit, en faire état sans en avoir ordonné la communication préalable à la société requérante ». *Le juge a donc une obligation générale de communiquer aux parties des documents qu'il se procure de sa propre initiative.*

Si, après la clôture de l'instruction, une partie remet de nouvelles pièces au tribunal, le juge peut ne pas tenir compte de ces pièces ; s'il veut en tenir compte, il doit surseoir à statuer et rouvrir les débats pour soumettre ces documents à une discussion contradictoire. Ce principe est fixé de manière analogue par la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative (25).

(22) Civ., 9 juillet 1913, S. 1913.I.399 ; Civ., 4 mars 1918, D.P. 1921.I.212 ; Civ., 7 mars 1922, D.P. 1925.I.120.

(23) A noter que les pouvoirs du juge subissent une autre limite tirée de la nature de ses pouvoirs d'instruction (v. Deuxième Partie) : le juge ne doit former sa conviction que sur des éléments de preuve admis par la loi, et la preuve n'est réputée légalement faite que si elle est administrée suivant les formes de procédure et d'instruction prescrites par le Code de procédure, à moins que les parties y aient renoncé : Civ., 22 décembre 1924, D.P. 1926.I.124 ; Civ., 26 mars 1946, D. 1946.J.254. Rev. tr. dr. civ. 1946.331, obs. Vizioz. Un jugement qui se fondait sur des renseignements que le tribunal avait directement obtenus de la préfecture de police, sans mentionner que les parties avaient été à même de discuter leurs résultats, pour violation de l'article 1315 C. civil (qui concerne la preuve).

(24) 9 mai 1916, Société anonyme de la Sucrerie de Chalon-sur-Saône, Rec. 200 ; Assemblée, 30 janvier 1942, Digennard, Rec. 33, « Considérant que le conseil de préfecture a retenu et expressément visé dans son arrêté en date du 20 février 1939, un rapport de l'ingénieur en chef des ponts et chaussées en date du 7 février 1939... qui n'avait pas été communiqué à la requérante » ; 18 août 1944, Consorts Haramboure, Rec. 238 ; 2 février 1957, Entreprise et sieur Rajinski, Rec. 83, A.J. 1957.II.114. concl. Laurent.

(25) Req., 15 janvier 1896, D.P. 1896.I.88 ; Soc., 27 décembre 1945, D. 1946, Somm. 10 et la juris. adm. (1er avril 1869, Berneau, D.P. 1870.III.41).

165. — 3) *Formes de la communication.* — En matière civile (26), la communication se fait soit d'avoué à avoué, soit par dépôt au greffe. Ce deuxième procédé est utilisé lorsqu'il s'agit de pièces importantes. La partie qui dépose la pièce ou, en pratique, son avoué, dresse un bordereau avec la mention qu'il consent ou qu'il s'oppose au déplacement. Le déplacement n'a lieu qu'exceptionnellement. si la partie qui a fait le dépôt y consent ou si la minute de la pièce existe. Un délai est fixé aux parties pour le rétablissement des pièces.

En matière administrative (27), des principes identiques sont appliqués. En ce qui concerne les tribunaux administratifs au sens strict (et non le Conseil d'Etat), le président du tribunal a. en cas de nécessité reconnue, le pouvoir d'ordonner le déplacement des pièces. Le fait que cette initiative du président n'existe pas devant le Conseil d'Etat, comme devant les tribunaux judiciaires, montre qu'il s'agit là d'une disposition non essentielle à la procédure administrative contentieuse.

Une originalité de cette procédure, ou plutôt de la pratique de celle-ci, est à noter : en matière d'excès de pouvoir, l'administration n'est pas partie : aucune communication ne devrait lui être faite ; cependant, il est d'usage pour les juridictions administratives de communiquer le pourvoi au ministre intéressé. Mais il ne s'agit là que d'un simple usage.

*
**

166. — Le droit des parties d'avoir une information suffisante dans l'instance est consacré de manière analogue par la jurisprudence civile et par la jurisprudence administrative, bien que l'une soit considérée classiquement comme accusatoire et l'autre comme inquisitoriale. Tous les efforts de la doctrine pour échafauder un système original en droit administratif, basé sur le caractère inquisitorial de la procédure, sont restés vains. Il s'agit là d'un droit « fortement garanti, toute décision juridictionnelle intervenue, sans qu'il ait été tenu compte d'une demande de communication du dossier, est rendue à la suite d'une procédure irrégulière et encourt l'annulation » (28).

### § III. — Le droit des parties d'être informées après l'instance

167. — Après l'instance, le seul souvenir, si l'on peut dire, que les parties conservent de leur litige est le jugement qui est en principe l'œuvre exclusive du juge. Pour que les parties disposent d'une

(26) Pour une description plus détaillée, v. art. 188 à 192 C. pr. civ.

(27) Pour une description plus détaillée devant le Conseil d'Etat, Ordonnance du 31 juillet 1945, art. 52 à 57, décret du 31 juillet 1945, art. 36 et suiv., devant les tribunaux administratifs v. la loi du 22 juillet 1889, art. 8 et 9 (art. 8 modifié par le décret du 10 avril 1959).

(28) R. Odent, art. préc., p. 59.

information suffisante sur les conditions dans lesquelles l'instance s'est déroulée, il faut que la décision judiciaire contienne un certain nombre de mentions ou ait fait l'objet d'une certaine publicité. Parmi ces mentions ou ces mesures de publicité, certaines ne concernent que la procédure suivie dans l'instance, et en cela elles visent aussi bien l'activité du juge que des parties dans cette dernière, d'autres au contraire sont l'œuvre exclusive du juge : la motivation de la sentence, fruit de son raisonnement juridique. Mais il nous faut auparavant dire de quoi le jugement est composé.

168. — 1° *Description formelle du jugement.* — Les jugements (29) des tribunaux administratifs, ainsi que les décisions du Conseil d'Etat, sont rédigés intégralement par le juge. Ils comprennent trois catégories de dispositions : les visas, qui donnent l'indication de la requête et des textes de loi au vu desquels la juridiction a statué, les motifs et le dispositif. Ce dernier est composé de plusieurs articles : il s'agit là d'une survivance du régime de la justice retenue, les « décisions » du Conseil étaient alors des décrets.

L'influence du système suivi par le juge administratif s'est fait sentir en procédure civile. Jusqu'à la réforme du 22 décembre 1958, les jugements comprenaient deux parties. L'une était l'œuvre du juge : la minute ; l'autre était élaborée par les parties sous le contrôle du juge. Pour la première, les règles suivies étaient assez analogues à celles de la procédure administrative contentieuse (30). Mais les qualités rédigées par les avoués des parties comprenaient une indication détaillée des parties à l'instance, des incidents et mesures d'instruction. Elles étaient pour ainsi dire « une histoire du procès » (31). En cas de désaccord entre les parties. elles étaient réglées sous le contrôle du juge (32). Ce système présentait de sérieux inconvénients (33). Les qualités rédigées indépendamment de la minute étaient souvent en contradiction avec celle-ci. Si bien que la réforme du 22 décembre 1958 les a purement et simplement supprimées, s'alignant ainsi sur la solution retenue en procédure administrative contentieuse. « Ainsi le jugement pourra constituer un tout homogène et parfaitement intelligible se suffisant à lui-même » (34).

169. — 2° *Mentions des jugements ou mesures de publicité établissant la régularité de la procédure suivie.* — Certaines de ces men-

(29) L'art. II du décret du 10 avril 1959 a substitué ce terme à celui d'arrêté.
(30) V. art. 141 C. pr. civ.
(31) CUCHE et VINCENT, « Procédure civile et commerciale », 11e édition, Dalloz, 1958, p. 332, § 362 *in fine*.
(32) V. par ex. Civ., 6 novembre 1889, D.P. 1889.5.287 ; Civ., 29 juin 1896, D.P. 1897.I.149.
(33) V. rapport sur le décret du 22 décembre 1958 relatif à certaines modifications en matière de procédure civile (J.O. 18 février 1959).
(34) Rapport précité.

tions ou mesures de publicité concernent les conditions dans lesquelles l'audience ou le jugement s'est déroulé. D'autres concernent les conditions dans lesquelles les juges ont statué

170. — A. *Publicité des audiences ou du jugement.* — Cette publicité est une garantie de bonne administration de la justice. On peut cependant supposer qu'à raison des origines différentes des deux procédures. elle ne s'applique pas également en matière administrative et en matière judiciaire. La procédure administrative contentieuse ne s'est-elle pas inspirée, en effet, du secret des affaires administratives ? On verra cependant que les mêmes principes sont retenus par les deux disciplines.

*En procédure civile,* la publicité des audiences, affirmée notamment par la loi du 29 juillet 1881 et l'article 87 du Code de procédure civile, est reconnue de manière très générale ; le fait que les jugements soient également rendus en séance publique fortifie également la connaissance que les parties peuvent avoir du procès. Ce n'est que par exception que les débats ont lieu à huis-clos. Mais, même dans ces cas-là, une certaine publicité demeure : le jugement est rendu en audience publique (35).

La jurisprudence, à raison du caractère substantiel de cette publicité, en exige la mention expresse dans le jugement (36), sans cependant qu'une forme sacramentelle doive être utilisée. Il suffit qu'il ressorte clairement du jugement que le principe de la publicité a été respecté.

*En procédure administrative contentieuse,* comme nous l'avons déjà signalé à plusieurs reprises, cette procédure participant dans ses origines de l'action administrative, s'en était imprégnée. A l'origine, l'audience était secrète, tout comme les agissements de l'administration. Avant 1863, il n'y avait point de loi, ni de règlement qui eût introduit la publicité devant les conseils de préfecture. Alors que l'ordonnance du 2 février 1831 avait institué les débats publics devant le Conseil d'Etat. Néanmoins, plusieurs préfets avaient ouvert au public l'accès des audiences du conseil de préfecture (37).

Le décret du 31 décembre 1862 a régularisé cette pratique, en même temps qu'il la rend obligatoire pour tous les conseils de préfecture.

(35) Civ., 14 mai 1924, D. 1924.I.105.

(36) Req., 6 mai 1851, D.P. 1854.5.621 ; Civ., 7 novembre 1861, D.P. 1861.I.407.

(37) V. les extraits du rapport au Conseil d'Etat sur le projet de loi relatif à l'administration intérieure de M. Boulatigner dans SERRIGNY, *Traité de l'Organisation de la Compétence et de la Procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil,* vol. III, p. 127, 1865 qui montre ainsi (p. 129) les avantages de la règle de publicité. « La publicité. en effet, oblige les juges à se respecter, et les contient dans la limite de leurs devoirs. Elle a une si grande importance, à mes yeux, que je préférerais des juges amovibles jugeant publiquement à des tribunaux composés de membres inamovibles mais siégeant à huis clos. »

Depuis, le principe de publicité s'est imposé (38). Mais la jurisprudence administrative ne l'a pas érigé en principe général applicable sans texte. Un arrêt Brillaud du 25 juin 1948 s'en tient à l'absence de texte pour refuser l'application de notre règle à d'autres juridictions que les tribunaux administratifs ou le Conseil d'Etat... « La publicité des audiences n'est exigée devant les juridictions administratives qu'à la condition qu'un texte législatif ou réglementaire impose l'observation de cette règle de procédure (39). » Le principe selon lequel les jugements sont rendus en séance publique connaît les mêmes limites.

Comme le juge civil, le Conseil d'Etat considère que la mention de la publicité de la séance est requise à peine de nullité (40) mais admet la validité du jugement s'il résulte de celui-ci que les formes légales ont bien été suivies (41).

171. — B. *Conditions dans lesquelles les juges ont statué.* — Certaines de ces conditions concernent la composition de la juridiction, d'autres visent le mode d'élaboration de la sentence.

a) *Exclusion des personnes étrangères.* — Seuls les juges peuvent prendre part à la délibération. Toute autre personne risque d'influencer le jugement. Ainsi, en matière civile, sont exclus du délibéré tous les membres du ministère public (42). La jurisprudence administrative refuse avec la même sévérité la participation au délibéré de toute personne autre que les juges (43), mis à part le secrétaire de la juridiction à condition qu'il ne participe pas au vote (44). De même, devant les juridictions administratives où le commissaire du gouvernement agit comme partie principale ou comme partie jointe, il ne peut assister au délibéré (45).

b) *Juges ayant assisté à toutes les audiences.* — Seuls les juges ayant assisté à toutes les audiences peuvent prendre part au délibéré. En effet, comme nous l'avons marqué, le principe du contradictoire exige que le juge ne tire son information que des pièces discutées par les parties, il faut qu'il ait assisté, par conséquent, à toutes les audiences.

La jurisprudence civile a fait de cette règle, mentionnée par l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 pour les Cours d'appel, un principe

(38) 2 mai 1864, Groumetty, Rec. 420.

(39) 25 juin 1948, sieur Brillaud, Rec. 292. V. en mat. fiscale TROTABAS, *op. cit.*, n° 330, p. 348.

(40) 29 août 1871, Cartier, Rec. 131.

(41) 19 mai 1865 Pisch, Carré..., 3 arrêts, D.P. 1865.III.65 ; Section, 18 avril, sieur Kempf, Rec. 213.

(42) Civ., 7 janvier 1947, D. 1947, 224.

(43) 15 janvier 1937, Mac-Gée, Rec. 47.

(44) 15 octobre 1954, Société financière de France, A.J. 1954.II.461, concl. Laurent, A.J. 1955.II *bis*, 14, Chr. Long.

(45) 15 mai 1925, Louchard, Rec. 476.

fondamental applicable, même sans texte, à toutes les juridictions qui relèvent du contrôle de la Cour de cassation (46). Cependant, seuls les juges qui ont voix délibérative, doivent se soumettre à cette condition d'assiduité (47). La jurisprudence des tribunaux judiciaires admet néanmoins, afin d'éviter la nullité trop fréquente des jugements, qu'il faut présumer l'assistance des juges à toutes les audiences du procès (48).

Le Conseil d'Etat a posé en principe que ce sont les mêmes juges qui doivent assister aux débats publics et prendre part au délibéré (49), cette règle étant applicable même sans texte (50). Il érige formellement en présomption le fait que cette règle a été bien suivie. Le Conseil d'Etat, s'inspirant de ses jugements qui « ne disent pas si ce sont les mêmes juges qui ont entendu le rapport, les observations des avocats et les conclusions du commissaire du gouvernement », estime que « cela va s'en dire (51) ». Comme la jurisprudence judiciaire, il pose depuis sa décision de *Section du 12 décembre 1958, Banque Alsacienne privée* que les mentions énumérant les juges présents à l'audience impliquent que la juridiction avait la même composition : « elles comportent présomption de régularité ». Comme en matière judiciaire, la preuve contraire ne peut ressortir que de la feuille d'audience (52), le Conseil d'Etat admet que seuls les procès-verbaux des séances peuvent démentir cette présomption (53).

c) *Nombre de juges prenant part au délibéré : l'imparité, le quorum, le secret.*

1. — La règle de *l'imparité* est destinée, en obligeant les juridictions à statuer avec un nombre impair de membres, à éviter tout partage des voix. Elle est prévue devant les Cours d'appel et les tribunaux de grande instance par un texte exprès (54). La jurisprudence civile a cependant refusé de l'étendre devant les autres juridictions (55). De même, devant les juridictions administratives, si l'im-

(46) Civ., 27 mai 1850, D.P. 1850.I.162 en fait application aux tribunaux de commerce, Req., 18 mars 1873, D.P. 1874.I.376 (*a contrario*) aux juges de paix.

(47) Req., 4 juillet 1888, D.P. 1889.I.478.

(48) Req., 9 mai 1882, S. 1883.I.314 ; Civ., 24 juillet 1889, S. 1900.I.305, note A. Tissier.

(49) 21 février 1896, Langlade, Rec. 180 ; 5 juin 1896, dame veuve Ouï, Rec. 458 ; 31 juillet 1903, Commune d'Aïn-Tagrout, Rec. 601 ; Section, 13 janvier 1933, Saussié, Rec. 48.

(50) Section, 12 décembre 1958, Banque Alsacienne Privée, A.J. 1959.II.24, concl. Braibant.

(51) Conclusions Braibant, v. note 8.

(52) Civ., 8 juillet 1914, S. 1915.I.7.

(53) Banque Alsacienne privée précitée.

(54) Loi du 30 août 1883 art. 4, D.P. 1883.4.58.

(55) Civ., 24 février 1904, D. 1904.I.473 ; Montpellier, 28 mars 1890, D.P. 1892.II.69, note Glasson.

parité est imposée par des textes exprès aux tribunaux administratifs et au Conseil d'Etat, d'autres textes législatifs ou réglementaires admettent la possibilité de siéger en nombre pair : Cour des comptes, Conseil supérieur de l'Ordre des architectes, juridictions de dommages de guerre... Si bien que la Haute Assemblée a refusé de faire de l'imparité une règle générale applicable sans texte (56) s'alignant ainsi, comme le lui recommandait le commissaire du gouvernement Braibant, sur la solution des tribunaux judiciaires. « Ainsi, l'adoption de la règle du membre impair constituerait une innovation que l'état des textes législatifs ne justifie pas, qui mettrait votre jurisprudence en contradiction avec celle de la Cour de cassation, et qui aurait dans la pratique plus d'inconvénients que d'avantages. Ce sont autant de motifs, à notre sens, pour l'écarter. »

2. — Pour être valablement acquis, un jugement doit, en matière *civile*, être rendu « à la pluralité des voix » (57). Cette disposition est absolument générale et s'applique à toutes les juridictions (58). Elle permet d'éviter les difficultés inévitables qu'entraînerait la règle de l'unanimité. En matière *administrative*, les textes fixent, dans la majorité des cas, le nombre de juges qui doivent siéger. Mais, lorsque la loi n'a pas prévu une règle autre que l'unanimité, ce dernier principe est-il seul applicable ? Le Conseil d'Etat avait fixé depuis longtemps sa jurisprudence en ce qui concernait les assemblées administratives : le quorum était jugé suffisant (59). La jurisprudence était plus incertaine pour les juridictions. Elle vient d'être précisée par trois importants arrêts (60).

Il résulte de toutes ces décisions qu'il existe un quorum que nous appellerons de « droit commun », pouvant être légalement édicté par un texte réglementaire et même, en l'absence d'un tel texte, pouvant être légalement utilisé pour toute juridiction (61). Le Conseil d'Etat a jugé que ce quorum était égal à la majorité des membres composant la juridiction. Ce quorum est un quorum minimum (62), « résul-

(56) Section, 23 janvier 1959, Derambure, Rec. 68, conclusions Braibant, Chr. Combarnous et Galabert, A.J. 1959.I.35, § 3 *in fine*, « On notera enfin que, dans un domaine où il est souhaitable de voir une certaine unité présider à l'organisation des juridictions, la même variété de solutions existe du côté des tribunaux judiciaires, et le commissaire du gouvernement indiquait que la Cour de cassation s'était refusée à imposer la règle du nombre impair aux juridictions soumises à son contrôle ».

(57) Art. 116, C. proc. civ.

(58) Elle est assortie (art. 117 et suiv., C. proc. civ.) de règles déterminant la procédure à suivre en cas de partage de voix.

(59) 17 mars 1926, Préfet du Lot, Rec. 286 ; 20 janvier 1950, Calvy, Rec. 49.

(60) 20 février 1953, Société Intercopie et demoiselle Armelin (2 espèces) ; 30 janvier 1953 Langeron, S. 1953.III.79, note M.L.

(61) Note M.L. précitée.

(62) Société Intercopie précitée « ... en l'absence d'un texte fixant pour cette juridiction un quorum plus élevé ou exigeant la présence de certains membres, une décision de la commission nationale des accidents du travail est régulière dès lors que la majorité au moins de ses membres a siégé ».

tant d'un principe général de droit, tiré de la volonté présumée du législateur, un texte réglementaire ne pourrait légalement édicter un quorum inférieur » (63). Le Conseil d'Etat considère cette règle comme un attribut essentiel de la fonction juridictionnelle : on ne saurait imposer l'unanimité sous le prétexte que les juges représentent chacun une catégorie d'intérêts ; ainsi dans les juridictions paritaires, M. M. L... fait justement remarquer (64) « ... si certains membres sont des juges choisis en raison de leur qualité, il ne faut tenir compte de cette qualité que pour leur désignation ; du jour où ils sont nommés et où ils sont appelés à siéger, ils perdent leur qualité, ils ne sont plus les représentants de la catégorie professionnelle à laquelle ils appartiennent et qui a motivé leur désignation... ils sont uniquement des juges tenus à l'impartialité ».

3. — C'est afin d'obtenir cette même impartialité que *le secret* des délibérations est imposé aux juges. Un fondement constitutionnel étant assigné à la règle, on ne doute pas qu'elle soit également applicable en procédure civile et dans la procédure contentieuse administrative. En effet, si un décret du 26 juin 1793 avait décidé que les juges étaient tenus d'opiner à haute voix et en public, les résultats furent si déplorables que l'article 208 de la constitution du 5 fructidor An IV décida que les juges délibéreraient en secret. Depuis, et bien qu'aucun texte n'ait rappelé la règle, la jurisprudence civile l'applique à toutes les juridictions et la Cour de cassation annule tous les jugequi violent cette règle, ainsi ceux qui mentionnent que la décision a été rendue à la pluralité des voix (65). Le Conseil d'Etat a proclamé, par son arrêt Legillon du 17 novembre 1922 (66), le même principe qui, ayant « pour objet d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions... s'impose, dès lors, à toutes les juridictions à moins d'exceptions formelles consacrées par la loi (67) ».

(63) En revanche, il résulte de la décision Langeron précitée qu'un décret peut valablement fixer un quorum supérieur ou exiger une condition spéciale : en l'espèce une disposition réglementaire prévoyait que parmi les membres présents devait obligatoirement siéger un membre désigné par le ministre du travail.

(64) Note précitée. Le Conseil d'Etat vient de poser le principe qu' « une juridiction administrative ne peut siéger valablement que si elle comprend une majorité de membres ayant la qualité de magistrat » et d'annuler en conséquence un jugement du tribunal administratif de Constantine composé lorsque le jugement fut rendu, du Président du tribunal et de fonctionnaires désignés par le Préfet pour remplacer deux conseillers absents (Section, 19 juin 1959, Djellouat Mokrane, A.J. 1959.II.266, Chronique Combarnous et Galabert, A.J. 1959.I.158). Mais la règle dégagée par cette décision n'est pas applicable aux juridictions spécialisées. Elle renforce le caractère de « juridiction de droit commun » des tribunaux administratifs.

(65) Soc., 9 novembre 1945, Gaz. Pal. 1946.I.22.

(66) Legillon, 17 novembre 1922 Rec. 849.

(67) Legillon précité « ... considérant qu'il résulte des mentions de la décision attaquée quelle a été prise à l'unanimité des voix ; qu'en révélant ainsi l'opinion individuelle de chacun de ses membres, la commission départementale de recons-

172. — Toutes les formes destinées à protéger les droits des parties : publicité, conditions dans lesquelles les juges statuent, se retrouvent donc dans les deux procédures.

Si l'on veut porter un jugement d'ensemble sur ce formalisme de procédure imposé au jugement, il faut noter *la tendance de la jurisprudence à un libéralisme.* Les formes du jugement sont certes des garanties pour les parties. Elles ne doivent pas être un moyen dilatoire ou un moyen de faire annuler un jugement conforme au droit mais qui ne leur convient pas. S'il résulte des pièces de la procédure qu'une formalité a bien été accomplie et que le jugement n'en porte pas mention, il ne faut pas annuler ce dernier. Comme le déclarait le commissaire du gouvernement G. Braibant devant le Conseil d'Etat (68). « Sans doute, imposez-vous aux décisions de caractère juridictionnel un certain formalisme et une certaine solennité ; mais votre jurisprudence — notamment la plus récente — traduit aussi votre souci de ne pas alourdir démesurément les jugements. »

La réforme de l'article 142 du Code de procédure civile par le décret du 22 décembre 1958, participe de la même tendance. Désormais, « l'omission ou l'irrégularité d'une mention destinée à relater l'accomplissement d'une formalité quelle qu'elle soit ne pourra entraîner la nullité du jugement s'il résulte des pièces de la procédure que ladite formalité a été en fait régulièrement observée ». *Le législateur a ainsi aligné* sur ce point *la procédure civile sur les solutions retenues depuis longtemps par la jurisprudence administrative* qui, dans chaque cas, avant d'annuler le jugement pour défaut d'une mention légale, le compare aux procès-verbaux de la séance.

La Cour de cassation vient par trois arrêts (69) d'appliquer les principes proclamés par l'article 142. Ainsi a-t-elle admis que la preuve de l'accomplissement de la formalité substantielle de la conciliation préalable, en matière prud'hommale, puisse résulter de ce que le permis de citer après non conciliation a été délivré au demandeur. L'application des mêmes principes l'a conduite à annuler toute la procédure lorsque, ni le jugemenl interlocutoire rendu par le juge de paix statuant en matière prud'homale, ni la décision du tribunal civil qui le confirme, ni aucune pièce de procédure soumise à la Cour de cassation n'établissent qu'il a été procédé au préliminaire de conciliation.

titution foncière du Pas-de-Calais a contrevenu à l'une des conditions essentielles de la validité des jugements ; que, dès lors, ladite décision est de ce seul fait entachée de nullité ».

(68) Conclusions sur Banque Alsacienne privée, 12 décembre 1958, A.J. 59.II.25.

(69) Civ., 16 mars 1959, D. 1959.J.337, J.C.P. 1959.II.11079, note R.L., Rev. tr. dr. civ. 1959, p. 593, observations Raynaud. La jurisprudence antérieure déclarait au contraire qu'une formalité substantielle « doit être réputée admise si son accomplissement n'est pas constaté dans les décisions de justice elles-mêmes » (Civ., 3 octobre 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 754).

173. *Motivation du jugement.* — Grâce à la motivation des décisions juridictionnelles, les parties vont pouvoir mettre en mouvement les voies de recours. Renseignées sur les motifs qui ont conduit les juges à statuer ainsi qu'il l'ont fait, les parties vont pouvoir se décider à soumettre au contrôle d'un autre juge la solution adoptée.

174. — A. *Principe de la motivation.* — La loi a posé le principe en procédure *civile* (70). Sa portée est extrêmement étendue, il s'impose à toutes les juridictions (71), quelle que soit la nature du jugement rendu (72). En matière *administrative* (73), la jurisprudence a posé très tôt, malgré l'absence de texte, la nécessité de motivation de toute décision rendue en matière contentieuse. Le Conseil d'Etat, le 12 décembre 1818 (74), affirme « que les arrêtés des conseils de préfecture ont le même caractère et les mêmes effets que les jugements des tribunaux, et qu'il est d'ordre public que lesdits arrêtés soient motivés de même que les jugements ». Le 19 juillet 1889, la sentence Romefort (75) donne enfin un fondement légal à l'obligation pour les conseils de préfecture de motiver leurs décisions : la loi du 20 avril 1810, article 7, qui cependant ne vise expressément que les tribunaux judiciaires. Bien que le principe de la motivation se retrouve pour les conseils de préfecture dans des textes précis (76), le Conseil d'Etat a préféré, dans l'arrêt Romefort, le rattacher à un texte plus général. Cette dernière décision contenait en germe une extension du champ d'application de la règle. Depuis 1924, un arrêt Legillon (77) a fait de la motivation une règle générale applicable même sans texte devant toutes les juridictions administratives : elle a ainsi rejoint la position de la procédure civile.

175. — B. *Application du principe.* — *Serrigny* (78) fixe ainsi, en 1865, la position de la jurisprudence administrative. « Il n'en est pas

(70) Loi des 16-24 août 1790 (titre 5, art. 5), Constitution du 5 fructidor, An III, art. 8, art. 141,C. pr. civ., art. 17 de la loi du 20 avril 1810.

(71) Req., 30 mai 1870, D.P. 1871.I.175 ; Civ., 30 avril 1885, S. 1886.II.277.

(72) Req., 26 juin 1861, D.P. 1861.I.416 ; Civ., 6 novembre 1889, D.P. 1890.5.346. En ce qui concerne les jugements, il y a néanmoins quelques exceptions, v. *Encyclopédie procédure civile et commerciale*, V° Jugement n° 239.

(73) M. Noël, « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », R.D.P. 1924, p. 350.

(74) Fouquet et consorts c. Grasleuil, 12 décembre 1818, Rec., t. II, 434 ; Falgas-Gaxieu et autres c. Bruyères de Chalabre, 8 mai 1822, Rec., t. III, 216 ; Coulon, 21 décembre 1837, Rec., t. VI, 658.

(75) 19 juillet 1889, Romefort, Rec. 877.

(76) Art. 2 du décret du 30 décembre 1862; art. 9, § 2 de la loi du 21 juin 1865; art. 48, § 4 de la loi du 22 juillet 1889.

(77) Legillon, 5 décembre 1924, Rec. 985 ; Platon, 1er mars 1925, Rec. 270 ; 13 février 1948, Hassing, Rec. 76.

(78) Serrigny D., *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, 2e édition, 1865, préface.

des décisions du Conseil d'Etat comme de celles de la Cour de cassation. Cette Cour expose presque toujours les raisons détaillées des solutions qu'elle a adoptées. On sait qu'elle ne craint pas de faire de la doctrine et qu'elle veut convaincre ceux qu'elle juge. Le Conseil d'Etat, au contraire, ne donne presque jamais de motifs développés des arrêts qu'il prononce ; il décide la plupart du temps la question par la question ; on dirait qu'il craint de poser des principes de droit et de faire des théories de peur de se lier par des précédents. Il faut, bien souvent, deviner le motif vrai des solutions très justes d'ailleurs. Cette diversité dans les procédés tient à la différence des fonctions qu'occupent le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation. Au Conseil d'Etat, c'est le roi qui parle, qui décide, qui ordonne,, son langage doit être bref, concis, incisif. A la Cour de cassation ce sont des magistrat qui interprètent la loi et qui doivent rendre raison aux justiciables de leur décision. »

En 1952, M. René Chapus, au terme d'une importante étude de jurisprudence comparée (79), ne manque pas de remarquer (80) que « le Conseil d'Etat, fidèle encore à ses origines, est très loin de formuler les raisons de ses décisions avec la précision et la rigueur de la Cour de cassation, comme des tribunaux judiciaires en général ».

Ces opinions venant de la part de deux auteurs dont l'un reste attaché à l'histoire et l'autre à l'avenir du droit administratif ne peuvent manquer d'impressionner. Pour pouvoir les apprécier à leur juste valeur, il nous faudra examiner tout d'abord quel peut être l'intérêt de la motivation et la forme selon laquelle les décisions de justice doivent être motivées.

176. — a) *L'intérêt de la motivation.* — Il apparaît d'autant plus difficile à trouver que son évidence se ressent. Nul ne conteste la nécessité de la motivation. Il est plus difficile de retrouver l'unanimité dans l'énoncé des « motifs » de cette nécessité. En effet, l'autorité de la chose jugée est en principe relative. Si elle était attachée aux motifs d'un jugement, un véritable pouvoir de statuer par voie d'arrêts de règlement (81) serait ainsi accordé au juge. On a en conséquence limité cette autorité au seul dispositif. La question se pose donc de savoir quel peut être le rôle de la motivation.

177. — 1. *Les motifs ne sont pas dotés de l'autorité de la chose jugée.* — La jurisprudence des deux ordres de juridiction affirme ce principe (82). Le tribunal des conflits décide de même que l'autorité

(79) Chapus R., *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire,* Thèse, Paris, 1952.

(80) Thèse précitée, p. 558.

(81) V. les conclusions Gazier sur Assemblée, 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, R.P.D.A. 1958, p. 8, note Borella.

(82) Req., 28 février 1898, D.P. 1898.I.168 ; Civ., 21 février 1900, S. 1900.I.264 ; Req., 26 novembre 1902, S. 1903.I.83 ; Civ., 31 mars 1931, D.H. 1931.J.299 ; 24 juin 1887, veuve Vidal, D.P. 1888.V.83 ; 6 mai 1887, Malègue, D.P. 1888.V.832; 26 janvier 1940, Courajoux, Le Gall et Guédon, Rec. 33.

de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif des jugements (83). Est-ce à dire que dans ce cas les motifs ne jouent aucun rôle ? Cette interprétation serait abusive. Ils éclairent alors aussi bien le juge que les parties sur la démarche juridique et de fait du tribunal saisi, pour aboutir au dispositif. Ils permettent au premier un contrôle plus exact du jugement de première instance et incitent les secondes à un usage plus sain des voies de recours. Rien ne s'oppose en conséquence à ce que les motifs jouent un rôle d'élucidation du dispositif. La portée et le sens de ce dernier peuvent être difficiles à déterminer. Les motifs sont là pour l'éclairer (84). Comme l'affirme le Conseil d'Etat, en reprenant la jurisprudence des tribunaux judiciaires « si, en principe, la chose jugée réside dans le dispositif des jugements, ce dispositif ne doit pas être envisagé, abstraction faite des motifs, lorsque ceux-ci peuvent seuls en déterminer la portée » (85).

178. — 2. *L'indissociabilité des motifs et du dispositif justifie l'autorité de la chose jugée qui leur est accordée.* — Lorsque le lien entre les motifs et le dispositif est tel qu'une interdépendance s'est créée entre eux, les premiers bénéficient de l'autorité de la chose jugée. La définition de ce lien a été donnée de manière très précise par le tribunal des conflits. Pour que la chose jugée « s'étende aux motifs, il faut que ceux-ci, rattachés au dispositif par un lien nécessaire soient indispensables pour en déterminer ou en compléter le sens » (86). Cour de cassation (87) et Conseil d'Etat (88) consacrent des formules analogues. Comme l'affirme M. le Professeur P. Weil « élaborée par la jurisprudence et la doctrine privatiste, la règle a passé telle quelle en droit administratif. Il s'agit d'un de ces principes généraux de droit que le Conseil d'Etat applique à défaut de texte contraire ».

179. — b) *La forme de la motivation.* — Le juge doit motiver sa décision d'une manière telle que le dispositif n'apparaisse comme l'expression de l'arbitraire mais bien celle de l'intelligence concertée des juges. Le tribunal lié par les conclusions des parties ne peut s'en abstraire dans la motivation, il doit statuer sur tous les moyens dont il est saisi (89). A l'aspect qualitatif de la motivation s'adjoint un aspect quantitatif.

(83) Tr. Confl., 12 décembre 1942, demoiselle de Murard et Préfet de l'Ain, Rec. 319.

(84) Req., 7 mars 1876, S. 1876.I.448 ; Civ., 29 avril 1907, D.P. 1909.I.499 ; Civ., 20 février 1924, S. 1924.I.251.

(85) 26 juillet 1912, Compagnie d'Orléans et du Midi c. l'Etat, D.P. 1916.III.19, conclusions Ribeulet.

(86) Tr. Confl., 12 décembre 1942, demoiselle de Murard et préfet de l'Ain, Rec. 319 ; Tr. Confl., 27 juin 1955, Breuilh c. Commune d'Oran, Rec. 626.

(87) Req., 21 novembre 1899, D.P. 1900.I.18 ; Civ., 23 février 1910, S. 1915.I.99 ; Civ., 21 mars 1950, D. 1950.J.381.

(88) Section, 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, Rec. 579, D. 1950.J.383, note Weil, S. 1951.III.7, conclusions Guionin, note Mathiot.

(89) V. ci-dessus, titre I, section II, Omission de statuer.

180. — 1. *Aspect quantitatif de la motivation: le juge doit répondre à tous les moyens soulevés par les parties.* — Si les conclusions des parties sont présentées régulièrement (90), le juge doit y répondre dans tous les moyens qu'elles comportent.

*Les tribunaux judiciaires* admettent que si le juge doit en principe répondre à tous les moyens présentés par la demande ou la défense, il n'est pas cependant obligé de répondre aux simples *arguments* invoqués par les parties.

La nécessité de motiver le jugement ne doit pas faciliter les manœuvres dilatoires. Si l'on contraignait le juge à répondre à l'ensemble des arguments de fait et droit soulevés par les parties, on retarderait indiscutablement le jugement, alors même que les arguments présentés se rattachent à un moyen sur lequel il a déjà motivé. La difficulté reste de caractériser avec précision les arguments afin de les distinguer des moyens. Il règne dans ce domaine la même incertitude que quant à la notion de cause. De même que la cause est l'expression généralisée d'un ensemble de moyens, le moyen n'est que le groupement d'un ensemble d'arguments. Mais, à quel niveau s'opère ce groupement ? Il est difficile de le dire. La Cour de cassation considère que constituent de simples arguments les conclusions du demandeur « à l'appui de la demande principale se trouvant nécessairement rejetées avec la demande principale elle-même et par les mêmes motifs (91) ». De même, dans un arrêt du 20 février 1924, elle affirme que « la Cour d'appel n'était pas tenue de s'expliquer sur cet argument par un motif spécial » après avoir constaté que cet argument n'introduit aucun élément nouveau mais au contraire, tend à confirmer l'argumentation primitive (92). Enfin, une décision du 2 avril 1952 (93) précise que « le juge n'est nullement tenu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation mais seulement de répondre aux moyens présentés comme le soutien nécessaire de la demande ou de la défense ». L'argument tel que l'entend la Cour de cassation, est le motif qui, s'il est reconnu fondé, est susceptible de modifier le jugement à intervenir. Il y a donc des arguments qui font partie du même moyen et d'autres qui font partie des moyens différents. C'est quant à ces derniers seulement qu'existe l'obligation de motiver du juge.

*Le Conseil d'Etat* a été invité à consacrer la notion d'argument par le commissaire du gouvernement Jacomet, dans une affaire sieur X... du 3 novembre 1947 (94). Dans ses conclusions, M. Jacomet a donné de la notion d'argument une définition qui ressemble étrangement à celle retenue en procédure civile. Selon lui, le juge n'est tenu de répondre

(90) Seulement dans la mesure où elles sont présentées régulièrement, Civ., 5 novembre 1873, D.P. 1873.I.454, 21 janvier 1925, Lubbert, Rec. 56.

(91) Civ., 8 mai 1912, D.P. 1912.I.361 (3e espèce).

(92) Civ., 20 février 1924, D.H. 1924.244.

(93) Civ., 2 avril 1952, J.C.P. 1952.IV.1916 (éd. Avoués), obs. Madray.

(94) 3 novembre 1947, sieur X., Gaz Pal. 1947.II.239, conclusions Jacomet.

qu'aux moyens, c'est-à-dire « aux affirmations susceptibles, selon qu'elles sont fondées ou non, de réagir sur la décision, sur le dispositif ; il n'a pas à répondre aux simples arguments à l'aide desquels le moyen est développé ».

M. Chrétien a estimé (95) que le critère proposé par le commissaire du gouvernement Jacomet aboutit cependant à un cercle vicieux. A son avis, si l'on déclare tout d'abord que la réponse favorable ou défavorable que le juge est amené à donner à chacune des allégations des parties est susceptible d'influencer ou non sur la décision, on préjuge par là même d'une question qui se posera à lui ensuite. Doit-il considérer cette allégation comme un moyen auquel il doit répondre ?

Nous ne voyons pas à vrai dire de cercle vicieux. La distinction entre moyens et arguments peut se faire avant toute considération de l'activité du juge. Il est facile de déterminer si telle allégation tend à obtenir tel résultat ou si elle vise au contraire à un autre but. Peu importe de savoir si par l'effet du raisonnement du juge cette allégation est bien en mesure de produire le résultat escompté par le plaideur. Il suffit que dans l'esprit et dans les conclusions du requérant l'allégation vise le même but que telle autre pour qu'elle ne soit considérée que comme un simple argument.

181. — 2. *Aspect qualitatif de la motivation : la réponse du juge doit être suffisamment cohérente, explicite.*

— *La cohérence du jugement* implique que le juge ait fait un choix entre les différents motifs afin qu'ils concordent tous pour aboutir à la décision donnée. S'ils sont contradictoires, le jugement est vicié. *La Cour de cassation* note avec raison que la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs (96). Il en est de même pour la contradiction entre les motifs et le dispositif. Une telle contradiction se retrouve dans un arrêt qui, après avoir déclaré dans ses motifs que la sanction disciplinaire prise par le tribunal contre un officier ministériel était insuffisante, prononce ensuite contre lui une sanction moins forte (97). Comme l'a très bien montré Vizioz (98), le juge ne se laisse pas aller à asseoir sa décision sur des motifs contradictoires seulement par inadvertance ou par vice de raisonnement : le plus fréquemment, une erreur juridique est la cause de cette contradiction. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1946 (99) le montre bien. Une Cour d'appel, après avoir affirmé que le risque de guerre était exclu par une assurance, décide néanmoins que celle-ci

(95) Note sous l'arrêt cité note 1, J.C.P. 1948.II.4106.

(96) Civ., 29 mai 1912, D.P. 1914.I.315 ; Civ., 17 février 1914, D.P. 1917.I.190.

(97) Civ., 11 février 1945, S. 1946.I.36, obs. Vizioz, Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 247.

(98) V. note 1 et Etudes de procédure, 1956, p. 483, n° 275.

(99) 28 janvier 1946, J.C.P. 1946.II.2973, note P.L.P.

couvre le dommage causé par le dérapage d'un camion militaire qui circulait dans une zone tranquille mais se rendait au front pour y ravitailler des troupes. M. Vizioz observe avec pertinence que si l'on restreint, comme l'a fait la Cour d'appel, le fait de guerre aux opérations de la bataille proprement dite, il est légitime de faire jouer l'assurance pour un accident qui ne rentre pas dans cette notion. La contradiction se manifeste au contraire si, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, on considère comme fait de guerre tout fait en relation étroite avec les opérations de guerre « l'erreur juridique dont se trouve entachée l'une des prémisses pousse la conclusion du syllogisme judiciaire, c'est-à-dire la solution même du litige ».

*Le Conseil d'Etat* consacre des principes analogues. Ainsi admet-il que « la contrariété de motifs équivaut au défaut de motifs » (100). De même, la contrariété entre les motifs et le dispositif est-elle censurée. Par exemple, doit être annulé le jugement allouant une indemnité en raison d'un dommage dont le jugement nie l'existence (101).

— Pour que le jugement soit plus facilement compréhensible, pour que les plaideurs saisissent le sens de ses dispositions et les juges supérieurs exercent leur contrôle — pour ne point parler de la doctrine qui a besoin de systématiser les solutions données — il faut que le juge ne dévoile pas seulement le résultat de son travail, mais qu'il indique également le cheminement de sa pensée qui l'a conduit à ce résultat. En un mot, *les motifs* du jugement *doivent être suffisamment explicites* (102).

La Cour de cassation défend avec rigueur le principe de la motivation explicite (103). De multiples décisions de cassation sont basées sur une ouverture spéciale, le défaut de base légale. Ainsi, en matière de responsabilité, il ne suffit pas que le juge affirme ou nie la faute, il faut encore qu'il exprime dans sa motivation les circonstances d'où il l'a fait relever (104). De même, est nul pour insuffisance de motifs, le jugement qui, pour rejeter des chefs de demande ayant fait l'objet de conclusions expresses se borne à déclarer qu'ils ne sont ni fondés, ni justifiés (105).

(100) 23 décembre 1927, Veuve Decauville et autres, Rec. 1256.

(101) 5 mai 1954, Syndicat des marais mouillés des Deux-Sèvres, Rec. Tables, 870.

(102) Mimin, « Les énonciations nécessaires, base légale des jugements », J.C.P. 1946.I.541 ; Tournon, « Le défaut de motifs, vice de forme des jugements », J.C.P. 1946.I.553 ; Le Clec'h, « De l'insuffisance de motifs manque de base légale des décisions judiciaires », J.C.P. 1948.I.690.

(103) Certes la Cour de cassation admet que les motifs peuvent être implicites et résulter de l'ensemble de la décision rendue, sans être formulés d'une façon explicite et distincte pour chaque chef de jugement (Req., 22 janvier 1872, S. 1873.I.15). V. Glasson, Tissier et Morel, t. III, p. 42, mais ces arrêts ne concernent que la motivation au point de vue que nous avons qualifié de quantitatif et non au point de vue qualitatif.

(104) Civ., 24 décembre 1872, D.P. 1873.I.135 ; Civ., 28 novembre 1904, D.P. 1905.I.253.

(105) Civ., 3 février 1897, D.P. 1897.I.108.

182. — On ne peut trouver un rapprochement quelconque entre la motivation des décisions judiciaires et de celles du Conseil d'Etat. Il semble que la Haute Assemblée ait quelque peine à oublier son origine administrative : les administrateurs ne sont tenus de motiver leurs décisions que si un texte formel les y oblige. M. P. L. J... a justement noté (106) que « la motivation obligatoire d'une décision administrative reste tout de même une dérogation aux principes. Lorsque tel ou tel organisme est érigé en juridiction, cette qualification entraîne pour lui l'obligation de motiver ses décisions ». Nous nous refusons cependant à considérer que le Conseil d'Etat ait, comme l'ont prétendu certains auteurs (107), oublié ses origines et élargi sa motivation. Les opinions de Serrigny et de M. Chapus que nous avons citées au début de cette étude de la motivation restent exactes. Il suffira pour s'en convaincre de citer un arrêt de la Haute Assemblée du 15 juillet 1957 *qui reproche justement un défaut de motivation au jugement d'un tribunal administratif :* « Considérant que le jugement attaqué n'est pas motivé ; que par suite, il est intervenu en violation des dispositions de l'article 4 de la loi du 22 juillet 1889 ; que la ville de Strasbourg est, dès lors, fondée à en demander l'annulation ». La décision du Conseil d'Etat ne précise pas en quoi consiste le défaut de motif dans les circonstances de l'espèce. Il maintient ses motifs dans l'abstraction si bien qu'ils apparaissent souvent comme des pétitions de principe. On a essayé de justifier la brièveté, pour ne pas dire l'inexistence de ces motifs en mettant en évidence le rôle de guide, de régulateur de la jurisprudence que joue le Conseil d'Etat tout comme la Cour de cassation. Mais c'est justement ce rôle qui devrait, à notre avis, conduire la Haute Assemblée à expliciter les motifs de ses arrêts tout comme la Cour de cassation.

Ceci est d'autant plus nécessaire que la Haute Assemblée impose aux autres juridictions une motivation beaucoup plus détaillée que celle qu'elle exige d'elle-même. L'arrêt le plus significatif en cette matière est un arrêt Dubois du 20 février 1948 (108). Une commission d'épuration syndicale avait estimé que le sieur Dubois « avait servi les entreprises de l'ennemi » aussi bien par son activité professionnelle depuis juin 1940, que par l'expression d'opinion conforme à celle de l'occupant. Le Conseil d'Etat décide « qu'en s'abstenant de relever les

(106) Note au D. 1948.J.556 sur 27 février 1948, Société des laboratoires du Bac et autres, 2 décisions, 6e et 7e espèce ; La législation était muette sur les conditions du refus d'un visa opposé à des spécialités pharmaceutiques, le Conseil d'Etat a jugé que l'administration n'était pas tenue de motiver son refus. Au contraire, la loi pour le retrait des visas précédemment accordés exige une proposition motivée du comité technique des spécialités ce comité avait donc l'obligation de relever les inconvénients qui l'avaient déterminé à retirer un visa de façon que le Conseil d'Etat soit « à même d'exercer le contrôle qui lui appartient à l'effet de vérifier si le retrait de visa est ou non légalement justifié ».

(107) Noël M., étude précitée.

(108) 20 février 1948, Dubois, Rec., 87, D. 1948.J. 557, note P.L.J.

faits servant de soutien à cette appréciation, la commission n'a pas mis le Conseil d'Etat à même d'exercer le contrôle de la légalité qui lui appartient pour vérifier si les griefs retenus par elle rendaient le requérant passible des sanctions édictées par l'article 4 de l'ordonnance du 27 juillet 1944 ».

La jurisprudence du Conseil d'Etat est plus ou moins exigeante. Comme le note de manière particulièrement avertie le conseiller d'Etat R. Odent, « la solution jurisprudentielle est fondée sur l'inégalité du crédit que l'on peut accorder aux diverses juridictions. Les unes, par leur composition, leurs traditions, la matière dont elles ont à connaître leurs méthodes de travail justifient la confiance que les principes du droit et que l'opinion leur accordent ; les autres ne méritent encore qu'une confiance plus réticente » (109). Selon le caractère plus ou moins sérieux de la juridiction en cause, le Conseil d'Etat exige une motivation plus ou moins étendue.

Il faut espérer que le Conseil d'Etat se pliera lui-même à une motivation plus explicite. Le rôle de Cour suprême, s'il enlève en effet un des intérêts de la motivation : faciliter le contrôle du juge supérieur, implique que l'arrêt rendu soit suffisamment clair pour que le requérant ait pleine conscience d'avoir été bien jugé. Il doit, d'autre part, être facile d'en déterminer le sens et la place qu'il occupe dans une évolution jurisprudentielle. Et ceci, non seulement pour éclairer les commentateurs éventuels, mais aussi pour que les juridictions inférieures considèrent l'arrêt rendu comme un guide et non pas comme un mystère. On peut déceler cependant dans les décisions les plus récentes une tendance à éclairer un peu plus le choix des motifs. Il faut souhaiter vivement que la Haute Assemblée se maintienne fermement dans cette voie (110).

## Sous-Section II

### Les droits de la défense sont protégés par la voie de l'opposition.

183. — Nous avons montré comment le défendeur, amené en justice par la requête ou l'assignation du demandeur, bénéficie d'un ensemble de prérogatives ayant pour but de contrebalancer les pouvoirs de ce dernier. Tout cet ensemble de garanties dont dispose le défendeur

(109) Odent R., « Contentieux administratif », *Cours à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris*, 1957-1958, fascicule III, p. 918.

(110) Il faut immédiatement remarquer que les décisions du Conseil d'Etat sont en général mieux rédigées que les jugements des tribunaux judiciaires. Il y a moins de mots dans ces décisions mais souvent ils signifient plus que plusieurs pages de jugements.

est destiné à lui permettre de combattre, avec le plus d'efficacité possible, la demande dont le juge est saisi. Si le défendeur n'a pas été en mesure de présenter sa défense, pour quelque raison que ce soit, le jugement rendu en son absence aura une nature particulière : ce sera un jugement par défaut.

L'opposition (111) est justement une voie de recours ouverte au défendeur contre lequel a été rendu un jugement par défaut en vue d'en obtenir la rétractation par le tribunal qui l'a rendu. Pour que l'opposition soit recevable, il faut que soient réunis les éléments constitutifs du défaut et que le demandeur respecte les formes particulières de cette voie de recours. Il nous sera auparavant nécessaire, pour montrer la portée de l'opposition, d'insister sur le principe de l'opposition.

### § I. — L'admission de principe de l'opposition.

184. — L'ordonnance de 1667 réglementait déjà l'opposition mais l'admettait seulement contre les décisions rendues en dernier ressort. Le Code de procédure civile devait en élargir la portée. Le souci de donner le maximum de garanties à la personne défaillante favorisait tout naturellement l'expansion de cette voie de recours qui est alors admise contre toutes les décisions de premier et dernier ressort. Depuis, les auteurs et la jurisprudence admettent que le droit d'opposition existe à l'égard de tous les jugements par défaut à moins de prescription légale en sens contraire (112). Comme le proclame la Cour de cassation (113), « l'opposition est une voie de droit commun ouverte aux défaillants pour attaquer les décisions de justice rendues à leur préjudice... ce principe fondamental du droit de défense ne reçoit d'exception que dans les cas expressément déterminés par la loi ».

L'admission de principe de l'opposition signifie également que l'opposition « est admise en principe quelle que soit la juridiction qui a rendu le jugement... » (114).

En procédure administrative contentieuse, bien qu'aucun texte n'ait prévu cette voie de recours devant les conseils de préfecture, une jurisprudence constante en admettait, avant 1889, la recevabilité (115). Elle alignait ainsi la procédure suivie devant les conseils de préfecture sur celle organisée par le décret du 22 mars 1806 pour le Conseil d'Etat.

(111) Stefani J., *La procédure par défaut et l'opposition devant le tribunal civil*, Thèse, Paris, 1941.

(112) Glasson, Tissier et Morel, précités, t. III, p. 251.

(113) Civ., 26 août 1879, D.P. 1880.I.128. V. également, Civ., 3 avril 1900, D.P. 1905.I.280 ; Civ., 28 mai 1921, D.P. 1924.I.213.

(114) Vincent, *Encyclopédie procédure civile et commerciale*, V° Opposition, n° 10.

(115) 7 avril 1865, Communes d'Allauch, Rec. 413 ; 12 janvier 1887, Guernet, Rec. 58.

Pour ce dernier, la procédure de l'opposition était, en effet, expressément prévue par les textes. La loi du 22 juillet 1889 devait consacrer cette initiative jurisprudentielle (116).

Depuis, le Conseil d'Etat a encore étendu le principe de la recevabilité de l'opposition. Une décision d'Assemblée, Caubet, du 9 juin 1939 (117), en fait une règle générale de procédure applicable même sous texte devant toutes les juridictions. Le même principe est repris par un arrêt Desseaux (118) qui réaffirme qu'au nombre de ces règles figure « celle selon laquelle les décisions rendues par une juridiction peuvent être contestées par la voie de l'opposition par les personnes à l'égard desquelles elles ont été rendues par défaut ». Le Conseil d'Etat admet de la même manière que l'opposition est possible contre tous les jugements (119), à moins qu'une loi en ait décidé autrement.

### § II. — Le défaut condition d'admission de l'opposition.

185. — On ne peut concevoir de défaut que de la part du défendeur. Le demandeur étant à l'origine de l'instance, on comprend difficilement comment il peut faire défaut. Il ne faut pas oublier que toute la procédure par défaut repose sur l'idée que le défendeur, bien que régulièrement mis en cause, n'est pas au courant de l'instance. Or, pour le demandeur, ceci est impossible. Il paraît préférable pour lui de ne pas parler de défaut mais de négligence ou de mauvaise foi qui l'incite à paralyser la marche de l'instance. Nous emploierons cependant, pour plus de commodité, l'expression courante de défaut.

1° *Le défaut du demandeur.* — La question doit être envisagée de manière distincte dans les deux procédures en raison du mode d'introduction de l'instance, particulier à chacune d'elles.

186. — A. *En procédure civile.* — L'introduction de l'instance se fait par assignation du défendeur à comparaître devant le tribunal. Or, l'assignation contient la constitution d'avoué du demandeur. Comme il est représenté en justice, son défaut ne peut être le plus souvent qu'un défaut faute d'avoir présenté des conclusions. Mais si son avoué ne peut plus le représenter pour quelque cause que ce soit, le défaut est alors un défaut faute de comparaître. Il ne faut pas alors que l'instance puisse être freinée par les manœuvres dilatoires ou la négligence.

(116) Article 52 de la loi du 22 juillet 1889, « Les arrêtés non contradictoires des conseils de préfecture en matière contentieuse peuvent être attaqués par voie d'opposition... »

(117) Assemblée, 9 juin 1939, Caubet, Rec. 382.

(118) Section, 12 octobre 1956, Desseaux, Rec. 364, note Drago, D. 1956.J.757.

(119) V. par exemple, en matière de référé, Section, 14 mars 1958, Garnier et autres, Rec. 170.

Le Code de procédure civile autorisait en conséquence le défendeur à prendre défaut contre le demandeur (jugement de défaut congé). Contre ce jugement, la Cour de cassation avait admis la recevabilité de l'opposition (120). Sa jurisprudence était une juste réplique aux manœuvres du demandeur. Elle était fondée sur l'idée que le défaut du demandeur implique l'abandon de la demande ou, s'il s'agit d'une instance dérivée en appel, l'acquiescement au jugement (121). Mais, cette motivation était en contradiction avec l'existence d'un principe d'opposition. L'abandon d'une prétention ou l'acquiescement excluent toute idée d'un recours, même celui constitué par l'opposition.

Aussi, le décret-loi du 30 octobre 1935 permet-il au défendeur de prendre un jugement définitif contre le demandeur, certaines précautions de forme étant prises : un acte de procédure devait être signifié au demandeur, l'invitant à conclure. Cet acte devait être renouvelée une fois si le défendeur entendait prendre un jugement sur le fond. Dans tous les cas cependant, l'opposition n'était plus possible contre le jugement rendu. On reconnaissait enfin que parler de défaut du demandeur et lui accorder la protection corrélative était inexact.

Le décret du 22 novembre 1958 a simplifié les formalités à suivre pour obtenir le jugement « réputé contradictoire ». Il suffit désormais d'un seul acte pour pouvoir obtenir un tel jugement.

187. — B. *En procédure administrative contentieuse.* — La requête du demandeur saisit directement le juge. Par le fruit des initiatives de ce dernier, l'instance va se poursuivre. Comment le demandeur peut-il la paralyser puisque dans sa requête il a fixé les points sur lesquels il entendait voir le juge statuer? Quand bien même il n'a pas déposé de nouvelles conclusions, le jugement rendu sera contradictoire à son égard. La Haute Assemblée s'est toujours refusée à admettre le défaut du demandeur (122). Comme l'indiquait Clément dans son rapport au Sénat sur la loi du 22 juillet 1889, « nous n'avions pas... à nous occuper du défaut contre le demandeur car, devant les conseils de préfecture, la procédure reste essentiellement une procédure écrite ; par conséquent, toutes les fois que le conseil de préfecture est saisi par le demandeur par une requête, la décision est contradictoire en ce qui le concerne et il n'y a pas, en conséquence, d'opposition dans ce cas ».

Le juge garde la possibilité de prendre un jugement contradictoire contre le demandeur même si à la suite d'une communication qu'il a faite à ce dernier, il n'obtient pas de réponse. Les textes prévoient,

(120) Civ., 30 juin 1903, S. 1903.I.392.

(121) Morel, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition, Sirey, 1949, p. 460.

(122) 8 août 1873, Foussemagne, Rec. 743 ; 2 février 1877, Martin, Rec. 126 ; 23 janvier 1930, Ministre des Pensions c. Hocdé, Rec. 96 ; 29 janvier 1954, Sparfel, Rec. 69.

en effet, qu'après une mise en demeure effectuée à la partie par le juge, le demandeur sera « réputé s'être désisté » (123).

Le Conseil d'Etat a fait application dans une affaire Verner (124) de ces principes. Un délai d'un mois avait été imparti au sieur Verner pour produire un mémoire ampliatif annoncé dans sa requête sommaire. Ce délai étant venu à expiration sans que ce mémoire ait été produit, la Haute Assemblée, par la voie de son secrétaire, a mis le sieur Verner en demeure, le 12 mai 1954, de produire le mémoire en question dans un nouveau délai d'un mois « que cette mise en demeure est restée sans effet, que, dans ces conditions, le sieur Verner doit, en vertu de l'article 56 de l'ordonnance du 31 juillet 1945..., être réputé s'être désisté de sa requête... ».

188. — En procédure administrative contentieuse, comme en procédure civile, lorsqu'il s'agit du demandeur, on ne peut jamais, à proprement parler, considérer son attitude comme un défaut. Il nous fallait cependant démontrer ici que l'usage de ce terme était impropre. Il est question uniquement de manœuvres dilatoires du demandeur pour retarder la solution de l'instance, ne serait-ce que pour en laisser planer le souci sur la tête du défendeur. Le système employé en procédure administrative contentieuse qui laisse au juge — qui d'ailleurs en fait usage avec une grande précaution — la sanction de l'attitude du demandeur nous paraît préférable à celui retenu en procédure civile. Le juge administratif l'avait d'ailleurs consacré avant qu'aucun texte n'en ait prévu la possibilité (125). Il est normal que le juge, *la procédure étant ou non inquisitoriale*, puisse réagir contre la farce processuelle montée par le demandeur abusif. Et cela d'autant plus qu'il s'agit d'une farce dramatique. La prolongation abusive d'un procès coûte au défendeur aussi bien sur le plan matériel que psychologique. Elle doit être sanctionnée.

2° *Le défaut du défendeur.* — Les principes directeurs sont les mêmes, quelle que soit l'espèce concrète envisagée. Il n'y a vraiment défaut que de la part du défendeur dans la mesure où il n'a pas conclu. Les modalités pratiques de la mise en œuvre du défaut diffèrent selon les hypothèses. S'il y a pluralité de défendeurs, des règles particulières sont édictées.

186. — A. *Les éléments essentiels du défaut.* — L'opposition étant une garantie offerte à la partie adverse implique au moins l'existence de cette partie. Il n'y a pas de jugements par défaut s'il n'y a pas de défendeur. Le recours pour excès de pouvoir ne devrait donc pas con-

(123) Article 56 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945, article 9 de la loi du 22 juillet 1889 modifié par le décret du 30 septembre 1953.
(124) 23 décembre 1954, Verner, Rec. 699.
(125) 22 juillet 1936, Forges, Rec. 833.

naître la possibilité de cette voie de recours. La doctrine se refusa pendant longtemps à admettre l'exercice de l'opposition dans ce contentieux. Mais, un arrêt d'assemblée, du 9 décembre 1932 (126), introduit l'opposition en excès de pouvoir. Il admet en effet un notaire à faire opposition à un arrêt annulant sa nomination, cet arrêt ayant été rendu sans qu'il ait présenté ses observations. Désormais, le jugement par défaut se trouve être possible même en excès de pouvoir.

187. — a) *En procédure civile.* — Deux sortes de défaut sont possibles. D'une part, le défaut faute de comparaître suppose qu'au jour fixé pour l'audience le défendeur n'a pas constitué avoué (127). Le demandeur peut alors demander que ses conclusions soient accueillies. Si le juge les estime « justes et bien vérifiées », il pourra se prononcer dans le sens demandé. L'opposition sera alors recevable contre le jugement ainsi délibéré.

Une seconde sorte de défaut produisait autrefois pleinement ses effets : le défaut faute de conclure constitué par l'absence de conclusions orales et contradictoires à l'audience (128). Le décret-loi du 30 octobre 1935 a supprimé justement la possibilité de faire opposition dans ce cas. En procédure civile, en effet, dès qu'une partie a constitué avoué elle est en mesure de déposer assez rapidement des conclusions ou de demander un délai à cet effet. Se faire juger par défaut puis former opposition était un moyen dilatoire trop souvent employé pour que le législateur ne réagisse pas (129).

188. — b) *Dans la procédure administrative contentieuse.* — Les personnes considérées comme défenderesses ont été déterminées dans notre étude des pouvoirs du demandeur pour fixer les éléments de l'instance. La séparation entre défaut faute de conclure et défaut de comparaître n'existe pas dans le contentieux administratif. Il n'existe pas en effet dans cette procédure une telle division entre les différents moyens d'intervenir dans une instance pour une partie. La décision est par défaut lorsqu'une partie régulièrement mise en cause n'a pas présenté de conclusions écrites (130). La procédure étant essentiellement écrite, un jugement est contradictoire même si les parties n'ont pas présenté à l'audience d'observations orales (131). Le défendeur qui n'a, par contre, produit aucun mémoire écrit et qui s'est borné à pré-

(126) Assemblée, 9 décembre 1932, Ackein, Rec. 1060, v. également l'arrêt précurseur : 17 juin 1908, Neuwelaers, Rec. 657.

(127) Article 149 C. pr. civ.

(128) Civ., 23 novembre 1909, S. 1910.I.175.

(129) GLASSON, TISSIER et MOREL, précités, t. III, p. 220.

(130) 19 novembre 1886, Commune de Malvillers, Rec. 820.

(131) 26 juin 1885, Guelpa, Rec. 629 ; 26 décembre 1885, Ville de Besançon, Rec. 1013 ; 16 février 1906, Sauvelet, Rec. 153 ; 23 janvier 1930, Ministre des Pensions c. Hocdé, Rec. 96 ; v. article 53 de la loi du 22 juillet 1889.

senter des observations orales est fondé à considérer le jugement qui intervient comme rendu par défaut et peut y former opposition (132).

189. — B. *La réglementation particulière du défaut en cas de pluralité des défendeurs.* — Une demande est formée contre plusieurs défendeurs. Il peut se faire que certains comparaissent à la date fixée, alors que d'autres font défaut. Si la procédure ordinaire du défaut était utilisée, le jugement serait contradictoire à l'égard de certaines parties et susceptible d'opposition de la part des autres. Aussi, le Code de procédure civile a-t-il institué une procédure spéciale : le défaut profit-joint (133). Si à l'audience un ou plusieurs des défendeurs assignés n'ont pas comparu, une réassignation spéciale sera ordonnée à leur égard par le président du tribunal. Pour protéger les intérêts éventuels de ces défendeurs, la nouvelle assignation se fera par les soins d'un huissier commis par le président. Le jugement à intervenir après cette réassignation sera un jugement *contradictoire* « entre toutes les parties, qu'elles soient ou non représentées par avoué ».

Une procédure analogue a été organisée par la loi du 22 juillet dans son article 54 pour les tribunaux administratifs. Lorsque l'hypothèse envisagée par le Code de procédure civile se réalise, le tribunal administratif surseoit à statuer sur le fond et il ordonne que les parties défaillantes seront averties de ce sursis par une nouvelle notification et invitées de nouveau à produire leur défense dans un délai déterminé. Après l'expiration de ce délai, le tribunal administratif statue par une seule décision qui, comme en procédure civile, « n'est susceptible d'opposition de la part d'aucune des parties ».

### § III. — Les formes de l'opposition.

190. — L'opposition se forme devant le juge qui a rendu la sentence par défaut. Elle doit être introduite, en procédure civile, par acte d'avoué à avoué. Toutefois, elle peut être faite par simple déclaration au moment de l'exécution par la partie adverse du jugement rendu, à condition d'être ensuite renouvelée par acte d'avoué. L'opposition, dans la mesure où la signification du jugement par défaut n'a pas été effectuée à la partie défaillante, auquel cas elle n'est recevable que dans le délai d'un mois à partir de cette signification, est en principe possible jusqu'à l'exécution au vu et au su du défaillant. Si l'on ne permettait pas à celui-ci de former opposition au moment de l'exécution, il serait désormais déchu d'une telle possibilité. Il est donc nécessaire de lui ouvrir, en ce cas, l'opposition en dehors des formes ordinaires.

(132) 12 janvier 1877, Guernet c. département des Landes, Rec. 58.
(133) Article 153 C. pr. civ.

Avant qu'un texte n'ait organisé devant les conseils de préfecture l'opposition, le Conseil d'Etat admettait devant ces conseils la transposition des dispositions reçues en procédure civile. Aussi, l'opposition était-elle possible jusqu'à l'exécution de l'arrêté par défaut (134). Mais, après l'intervention de la loi de 1889, et comme devant le Conseil d'Etat, des dispositions originales ont été suivies en procédure administrative (135). L'opposition est possible dans un délai de deux mois à partir de la notification de la décision par défaut. Aucune distinction n'est faite entre le cas où la notification a pu ou non être opérée entre les mains du défaillant. Bien souvent, la disposition prévue en procédure civile facilitait les manœuvres dilatoires. Aussi ne l'a-t-on pas retenue dans notre matière.

### § IV. — La réforme de l'opposition (136).

191. — Le régime de protection des intérêts du défendeur, malgré certaines améliorations légales ou jurisprudentielles, restait imparfait.

Il l'était tout d'abord parce qu'*il n'excluait pas les manœuvres dilatoires du défendeur.* Ce dernier voulant retarder la solution du procès faisait défaut, puis formait une opposition contre le jugement par défaut et ne manquait pas ensuite de faire appel du jugement ainsi rendu.

Il l'était, d'autre part, parce qu'*il laissait subsister le délicat problème du concours entre l'opposition et l'appel.* Cette dernière voie de recours étant recevable uniquement contre les jugements contradictoires, si le requérant formait appel d'un jugement par défaut, sa demande était irrecevable si le délai de l'opposition n'était pas expiré. Il est vrai, cependant, qu'en procédure civile, le législateur, par une loi du 23 mai 1942, avait pu remédier à cet inconvénient. Le Code de procédure civile prévoyait, en effet, après cette réforme que l'appel par la partie défaillante d'un jugement susceptible d'opposition était recevable même avant l'expiration du délai d'opposition (137). Mais, dans la procédure administrative contentieuse, le problème restait entier. Et le Conseil d'Etat rejetait, par une jurisprudence constante, l'appel contre un jugement par défaut avant l'expiration du délai d'opposition

(134) 10 mars 1862, Renard, Rec. 185.

(135) Article 72 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 ; article 52 de la loi du 22 juillet 1889 modifié par le décret du 30 septembre 1953.

(136) Giverdon C., « La réforme de la procédure par défaut », D. 1959, chr. 201 ; Méjan F., « La réforme de la procédure contentieuse administrative », *Revue Administrative*, 1959, p. 144.

(137) Article 456 C. pr. civ.

(138). Il se refusait ainsi à appliquer des principes admis en procédure civile et aggravait le problème du concours entre l'appel et l'opposition.

Ce problème était d'autant plus difficile à résoudre dans les deux procédures que les jugements tirant *de leurs éléments propres* leur qualité de décision contradictoire ou par défaut, les juridictions qui les rendent ne peuvent modifier ce caractère. Le juge d'appel saisi par les plaideurs d'un jugement que le tribunal de premier ressort a qualifié de contradictoire peut très bien redresser cette qualification si elle est abusive et déclarer que le jugement a été rendu par défaut (139).

C'est pour remédier à cet ensemble de difficultés que le législateur est intervenu aussi bien en procédure administrative contentieuse qu'en procédure civile pour réformer l'opposition. Les réformes ont voulu dans les deux matières éviter le concours de l'appel et de l'opposition. La solution retenue dans le contentieux administratif étant la plus radicale appelle en premier notre attention.

192. — 1° *La réforme de l'opposition dans la procédure administrative contentieuse par le décret du 10 avril 1959.* — Désormais, *les jugements des tribunaux administratifs ne sont plus susceptibles d'opposition* (140). On a entendu ainsi éviter qu'un jugement soit à la fois susceptible d'opposition et d'appel. Pour ce faire, on a supprimé la possibilité de l'opposition contre les jugements de première instance. Comme nous le verrons, ces jugements sont, en règle générale, susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat. Pour de tels jugements, donc, l'appel remplace dorénavant l'opposition. Ainsi sont résolues les trois difficultés que nous énoncions. La nouvelle procédure ne laisse plus de place aux manœuvres dilatoires résultant d'un usage successif de l'opposition et de l'appel. Elle ne pose plus le problème délicat de concours des délais. Enfin, le jugement de première instance étant dans tous les cas réputé contradictoire, puisqu'il n'y a plus d'opposition possible, la question de la qualification du jugement se trouve par là même résolue. Comme le note justement M. F. Méjean : « En pratique, il vaudrait mieux ne plus jamais spécifier, dans le dispositif desdits jugements, s'ils sont rendus contradictoirement ou par défaut (141).

(138) Section, 27 juin 1956, Préfet de la Reconstruction c. dame veuve Corbeil, Rec. 272, note Drago, D. 1956.J.755 ; 7 juin 1957, Préfet de la Gironde c. Paillet, Rec. 384, A.J. 1957.II.365, conclusions Guldner, R.D.P. 1958, p. 101, note Waline ; 2 mai 1958, Ministre de l'Intérieur c. Société Draeger, Rec. 257 ; Section, 23 janvier 1959, Commune d'Huez, A.J. 1959.II.65, conclusions Braibant.

(139) V. sur ce point les très pertinentes observations de M. Drago au D. 1956.J.757.

(140) Nouvel article 52 de la loi du 22 juillet 1889.

(141) Méjan, article précité, *Revue Administrative*, 1959, p. 157.

193. — 2° *La réforme de l'opposition dans la procédure civile par le décret du 22 décembre* 1958. — Cette réforme pour l'essentiel est dans le même sens que celle intervenue en procédure administrative. Elle mérite cependant un exposé. Des éléments particuliers à la procédure civile expliquent certaines des solutions retenues.

*a*) Le nouvel article 150 du Code de procédure civile édicte, en effet, un régime spécial au cas où la signification du jugement par défaut n'a été faite à personne. Il peut être statué au fond *par jugement contradictoire.* L'opposition est, en conséquence, supprimée toutes les fois où il a été possible de joindre le défendeur.

Il est, en effet, prouvé dans ce cas que si le défendeur s'abstient de constituer avoué, c'est par manœuvre dilatoire. En procédure administrative, il n'était pas question d'introduire une telle réforme puisque la notification offre toujours toutes garanties, étant opérée sous l'office du juge.

*b*) Il sera également statué au fond par jugement réputé contradictoire lorsque la décision requise par le demandeur sera susceptible d'appel. Il est, en effet, des cas, comme nous le verrons, où les décisions de premier ressort ne sont pas susceptibles d'appel. Une telle limitation n'existant pas pour la procédure de droit commun en droit administratif, le législateur a pu supprimer l'opposition en cette matière sans envisager le cas où l'appel n'est pas possible.

Ces cas ne sont d'ailleurs, en procédure civile, pas les seuls où le jugement à intervenir est réputé contradictoire. Quelle que soit l'espèce envisagée, si elle ne rentre pas dans un de ces cas, il suffira d'une réassignation signifiée à personne pour que le jugement à intervenir ne soit pas susceptible d'opposition. Toute la réforme, en cette matière, repose donc sur l'idée que lorsque l'instance est parvenue à la connaissance du défendeur, il ne peut légitimement prétendre qu'il a été surpris.

*
**

194. — Dans les deux procédures, le législateur assigne à l'opposition un champ d'application de plus en plus restreint. L'un des procédés employés : la suppression de l'opposition et son remplacement par l'appel, c'est-à-dire le remplacement d'une voie de rétractation par une voie de réformation, ne peut manquer de frapper. Il se traduira certainement par une transformation du rôle de l'appel. Celui-ci apparaîtra de plus en plus comme la continuation pure et simple de l'instance principale (142).

(142) V. notre deuxième partie, titre II.

## Section II

### Les parties sont investies d'un droit à la prolongation de l'instance principale.

195. — Les personnes qui ont participé à l'instance principale sont liées par l'autorité de la chose jugée. Cette autorité peut cependant être remise en cause dans les conditions prévues par la loi : des voies de recours permettent au plaideur mécontent des conditions de déroulement ou du résultat de l'instance principale de la prolonger en des instances dérivées.

Dans ces dernières instances, le champ du débat, déterminé en premier ressort, constitue la matière première dont on ne peut s'écarter. En ce sens, les instances en appel et en cassation sont la prolongation de l'instance principale. On comprend alors que le droit de former ces instances appartienne aux seules parties à cette instance de premier ressort. La prolongation du procès en appel ou en cassation par un tiers est inconcevable. Si on permettait, en effet, à un tiers au procès initial d'utiliser ces voies, l'instance serait continuée entre les parties initiales, alors qu'aucune d'entre elles ne le désire, par le fait d'une personne qui ne pourra agir valablement dans l'instance dérivée qu'il crée. On lui opposerait inéluctablement que son recours constitue une demande nouvelle par les parties.

Les parties peuvent prolonger l'instance principale de deux façons, soit en la recommençant devant le juge supérieur en vertu du principe du double degré de juridiction (Sous-section I), soit en la faisant contrôler par le juge suprême grâce à l'existence du recours en cassation (Sous-section II).

## Sous-section II

### L'instance peut être recommencée devant un juge supérieur. Le principe du double degré de juridiction.

196. — La chose jugée en première instance n'est pas définitive. La justice moderne ne pose plus le dogme de l'infaillibilité du juge. D'où l'idée de soumettre à un second examen l'affaire déjà jugée, avec l'octroi au deuxième juge du pouvoir de réformer le jugement du premier. L'appel digne de ce nom ne naît vraiment que lorsque le magistrat chargé du second examen se voit investir d'un rang supérieur dans la hiérarchie judiciaire, marque d'une compétence élevée. La constitution de

l'An VIII donne à l'appel sa forme moderne en créant des tribunaux d'appel distincts de ceux de première instance (143).

On a assisté, en cette matière, à une affirmation progressive d'un principe général du droit d'appel. Garantie pour les parties, l'appel doit par vocation exister dans toutes les matières. On comprend alors que législateur et jurisprudence aient résisté avec vigueur aux aménagements que les plaideurs ont cherché à lui apporter.

### § I. — L'affirmation du principe du double degré de juridiction.

197. — Dans les deux matières, le double degré de juridiction tire son origine de la jurisprudence plus que de la loi. Une organisation juridictionnelle calquée sur le moule du double degré en a favorisé l'épanouissement dans la procédure civile ; l'attribution jusqu'en 1953 de la juridiction de droit commun au Conseil d'Etat l'a desservi en matière administrative. Si avant cette date la jurisprudence consacre le principe, les occasions de l'appliquer restent rares.

198. — *En matière civile,* l'appel se trouve sous-entendu par l'organisation judiciaire. Dans le système du Code de procédure civile, les tribunaux de première instance connaissent en appel des décisions des juges de paix et des Conseils de prud'hommes. Les jugements en premier ressort des tribunaux de première instance ainsi que ceux des tribunaux de commerce sont déférés aux Cours d'appel. Les juridictions d'exception, ainsi celles statuant en matière de Sécurité sociale, créées postérieurement au Code, s'étaient vu conférer leur propre juridiction d'appel, en l'espèce, les commissions régionales d'appel. Echappant ainsi au contrôle des Cours d'appel, ces juridictions s'enfermaient dans l'autonomie du corps de règles qu'elles avaient à appliquer.

La réforme du 22 décembre 1958, qui maintient sous une autre dénomination l'organisation judiciaire de droit commun, réserve dans tous les cas à la Cour d'appel (144), l'appel des juridictions d'exception. Elle fortifie ainsi l'organisation judiciaire favorable au double degré.

L'affirmation du principe du double degré de juridiction oscille cependant entre deux pôles. Tantôt la jurisprudence pose en principe que tous les jugements sont susceptibles d'appel à moins qu'un texte de loi formel ne l'interdise (145). Elle se révèle ainsi protectrice de la

(143) Jusqu'alors l'appel dit appel circulaire s'exerçait devant un tribunal de la même nature que celui qui avait rendu la décision attaquée. La loi des 16-24 août 1790 avait instauré ce principe par réaction contre la hiérarchie excessive des tribunaux sous l'Ancien Régime. En la matière, le dogme de l'égalité entraînait l'égalité des tribunaux. V. Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel,* Thèse, Paris, 1880.

(144) ... qui est à présent la juridiction d'appel de droit commun.

(145) Civ., 12 février 1923, D.P. 1924.I.19 ; Civ., 12 février 1924, S. 1924.I.33 ; Colmar, 9 juillet 1954, D. 1954.J.650.

garantie que constitue le double degré pour les parties. Tantôt elle admet, à l'occasion de procédures exceptionnelles, qu'une dérogation au principe puisse s'induire des dispositions d'une loi, ou de ses travaux préparatoires (146). Elle montre ainsi sa volonté de couper court aux litiges de peu d'importance ou aux différends qui doivent être résolus rapidement.

Ces deux solutions s'inspirent de deux tendances législatives bien définies qui, bien que non affirmées expressément, n'en constituent pas moins l'esprit des textes. La première fixe le principe du droit d'appel. La seconde le limite soit parce que le litige est de peu d'importance, à raison de la valeur de l'objet du litige, soit parce que, dans certaines matières urgentes, l'appel retarderait inutilement la marche de l'instance.

L'exception la plus connue au droit d'appel — l'exception de principe, si l'on peut dire — est celle qui supprime tout recours à la juridiction supérieure à raison de la modicité de la demande. On trouve dans ce but un ensemble de règles destinées à fixer le taux du ressort. Ce qui explique que l'exception ne puisse jouer dans les matières — dites indéterminées — où toute évaluation se révèle impossible.

199. — La possibilité de l'appel en matière civile est conditionnée par la valeur du litige (147). La garantie du second degré n'est accordée, en principe, qu'aux affaires dont l'importance pécuniaire mérite qu'on les soumette à un second examen. En matière administrative, comme le soulignait déjà Laferrière (148), les règles d'évaluation du litige — qu'on pourrait cependant concevoir en matière de plein contentieux — ne se retrouvent pas. L'illustre auteur prétend que dans notre matière un intérêt public est toujours présumé en jeu. A ce motif classique s'en ajoute cependant un autre : le contentieux de l'annulation déteint ici sur le plein contentieux. La détermination *ratione valoris* étant impossible dans le premier de ces contentieux, on a établi une règle unique : la possibilité de l'appel quelle que soit la valeur du litige. Mais il importe de déterminer la portée véritable du double degré de juridiction et de nous demander s'il existe même sans texte devant la juridiction administrative.

200. — 1° *Affirmation du principe par la jurisprudence.* — La théorie du ministre-juge avait fait du Conseil d'Etat le juge d'appel de

(146) Civ., 21 juin 1922, D.P. 1922.I.36.

(147) G. Feuer, « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative », R.D.P. 1958, p. 19.

(148) Laferrière, 1re édition, t. I, p. 282 : « C'est là une particularité de la juridiction administrative, ni les conseils de préfecture, ni les conseils du contentieux des colonies ne possèdent, dans aucun cas, une juridiction de dernier ressort. Quelque minime que soit l'intérêt pécuniaire engagé devant eux — et cet intérêt peut n'être que de quelques centimes dans les contestations électorales, en matière d'impôts — l'appel est toujours ouvert devant le Conseil d'Etat parce qu'un intérêt public est toujours présumé en jeu. »

décisions rendues par les ministres. Cette jurisprudence, fruit d'une théorie abandonnée de nos jours, ne doit pas nous faire oublier qu'à l'époque même où la théorie du ministre-juge connaissait son plus grand développement les Conseils de préfecture avaient une compétence exceptionnelle en matière juridictionnelle. Dans les matières dont ils connaissaient, le Conseil d'Etat avait admis un principe d'appel au Conseil d'Etat qui ne pouvait recevoir de restrictions que de la part d'un texte législatif exprès. Dès 1832, dans une affaire Debar-Lacombe (149), le principe était posé : « Considérant que toutes les décisions du Conseil de préfecture sont sujettes à recours devant nous, en notre Conseil d'Etat, et que la loi du 21 mars 1831 ne contient aucune dérogation à ce principe général » (150). L'importance de la règle dégagée était accusée par le fait que la Haute Assemblée interprétait les textes législatifs comme s'ils n'avaient pas voulu y déroger.

Un arrêt de Madre du 7 avril 1865 (D. P. 1866.3.1) montre la fermeté avec laquelle Conseil applique le principe. En matière de logements insalubres, la loi du 13 avril 1850 prévoyait, selon l'objet du litige, deux modalités différentes de recours. L'article 10 de la loi prévoyait que lorsqu'il s'agissait d'interdire la location d'un tel logement, le Conseil de préfecture était compétent « et, dans ce cas, il y aura recours de sa décision devant le Conseil d'Etat ». L'article 6 se bornait à dire qu'en ce qui concernait les travaux à exécuter dans un logement insalubre « un recours contre les décisions prises par le conseil municipal est ouvert aux intéressés devant le Conseil de préfecture dans le délai d'un mois ». L'intention du législateur avait été indiscutablement d'exclure le recours au Conseil d'Etat dans ce deuxième cas, mais elle n'était pas explicite, aussi la Haute Assemblée admit-elle la possibilité de l'appel « le recours est ouvert devant nous en notre Conseil d'Etat contre toutes les décisions des conseils de préfecture en matière contentieuse ; que ni l'article 6 de la loi du 13 avril 1850, ni aucune disposition de loi ne contiennent d'exception à cette règle générale ».

La logique de la position du Conseil d'Etat l'a amené à refuser de tenir compte d'un texte réglementaire supprimant le double degré de juridiction. Ainsi, par un arrêt Elections au Conseil d'arrondissement de Dinh Toi (151), le Conseil d'Etat pose qu'il n'appartient pas au chef du pouvoir exécutif d'apporter par un décret une dérogation à la règle du double degré de juridiction instituée par une loi qui, à raison de la généralité de ses termes, doit être tenue comme régissant aussi bien

(149) 26 février 1832, Debar-Lacombe, Rec., T. V, 122.

(150) V. dans le même sens, 18 avril 1821, Plaisançon et consorts c. Miller, Rec., t. III, 51 ; 3 mai 1833, Bouzinac, Rec., t. V, 326.

(151) 3 juillet 1914, Rec. 811. V. Thèse Lampué, Paris, 1924, p. 220, dans le même sens, 15 juin 1923, Elections à la Chambre de commerce de Tananarive, Rec. 487 ; 14 juin 1939, Société maritime et fluviale Agis-Garcin et Cie, p. 392 ; Section, Vernant, 4 février 1944, R.D.P. 1944, p. 171, conclusions Chenot, note Jèze ; Penant, 1947.1, p. 35, note de Soto.

les tribunaux administratifs de la métropole que ceux qui siègent aux colonies.

Le Conseil d'Etat admet donc qu'un principe général d'appel de toutes les décisions des conseils de préfecture ou des conseils du contentieux administratif existe. Seul un texte législatif exprès peut y déroger. Il faut cependant rechercher si un tel principe tire son origine d'un texte ou s'il est une création de la jurisprudence.

201. — 2°) *Origine du principe du double degré de juridiction.* — Les auteurs ont cherché à rattacher à un texte ce principe général d'appel des décisions rendues par les conseils de préfecture ou les conseils du contentieux administratif. *Chauveau* (152) en trouve le fondement dans la Constitution de l'An VIII et l'article II du règlement de nivôse suivant (153). Rien pourtant dans ces textes ne laisse supposer qu'un tel appel existe. Chauveau lui-même nous dit, avec l'anachronisme de la théorie du ministre-juge, la véritable raison d'être du principe (154) : « Pour la juridiction administrative contentieuse, *on doit admettre le même principe que pour les matières contentieuses judiciaires*, les deux degrés. Au premier degré, les ministres, les préfets, les conseils de préfecture. Au second degré, le Conseil d'Etat ».

*Serrigny* (155) va essayer, lui aussi, de trouver un fondement constitutionnel à la règle. Le principe d'appel au Conseil d'Etat s'induit, à son avis, de la comparaison de la loi du 7-14 septembre 1790 avec la loi du 28 pluviôse An VIII, article 4. La seconde de ces lois a, en effet, été calquée sur la première en ce sens qu'elle donne aux conseils de préfecture qu'elle établit les mêmes attributions qu'avaient les Directoires de département et qui avaient passé aux administrations centrales. Toute la différence est que cette loi de 1790 par ses articles 1, 3, 4, donnait expressément à ces autorités le droit de statuer *en dernier ressort*, tandis que ces mots n'ont pas été reproduits dans la loi de l'An VIII. D'après notre auteur, cette omission a eu pour but d'enlever le dernier ressort aux conseils de préfecture, dans l'intention de fortifier les pouvoirs du gouvernement central. La Constitution de l'An

(152) CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, 1841, t. III, p. 980.

(153) *Art. 52, Constitution, An VIII*, « Sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

*Art. II du règlement du 5 nivôse, An VIII*, « Le Conseil d'Etat développe le sens des lois sur le renvoi qui lui est fait par les Conseils des questions qui leur ont été présentées. Il prononce d'après un semblable renvoi 1. sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux, 2. sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres ».

(154) T. I, p. 359.

(155) SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence de la procédure en matière contentieuse administrative*, 1re édition, t. I, p. 255, 2e édition, t. I, p. 318.

VIII donnait au chef de l'Etat la plénitude de la puissance exécutive : « il possède la justice administrative qui en fait partie ». Cette base constitutionnelle justifie suffisamment, de l'avis de Serrigny, le principe d'appel au Conseil d'Etat : « Il n'est donc pas besoin de texte formel et positif pour établir le pouvoir du Conseil d'Etat de statuer par voie d'appel sur les décisions contentieuses des conseils de préfecture : cette faculté découle des principes mêmes de la Constitution ».

Le critère textuel va connaître un regain de faveur avec la loi du 24 mai 1872 ; tous les auteurs vont trouver dans son article 9, d'après lequel « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative », le fondement des pouvoirs du Conseil en tant que juge d'appel. Laferrière (156) se rallie notamment à ce point de vue. Et bien que les articles 57 à 61 de la loi du 22 juillet 1883 d'une part, les articles 86 à 93 du décret du 5 août 1881, d'autre part, prévoient que les arrêtés des conseils de préfecture et ceux des conseils du contentieux administratif peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, les auteurs rattachent le principe à la loi de 1872. Ainsi, M. Lampué (157), dans sa thèse sur les conseils du contentieux administratif, admet que l'article 86 du décret du 5 août 1881 qui prévoit l'appel au Conseil d'Etat « n'est qu'une application du principe général posé par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872... » (158) M. le commissaire du gouvernement Chenot (159), dans des conclusions prononcées en 1944, donne également le même fondement au principe.

Le Conseil d'Etat, lui-même, applique ce critère dans son arrêt Elections au Conseil d'arrondissement de Dinh Toi (160). Mais, dans l'arrêt Vernant du 4 février 1944, il parle, sans la rattacher à aucun texte, de « la règle du double degré de juridiction ». M. Chenot, dans ses conclusions sur cet arrêt, et malgré les apparences, admet que « la règle du double degré de juridiction est un principe général de procédure qui consacre une garantie essentielle aux intérêts des plaideurs et à l'intérêt supérieur de la justice ».

Si la loi du 24 mai 1872 dans son article 9 disparaît des arrêts du Conseil d'Etat, d'autres textes sont parfois invoqués. Ainsi, par une

(156) Laferrière, 1re édition, 1887, t. I, p. 277.

(157) Lampué, *Les conseils du contentieux administratif des colonies*, Thèse, Paris, 1924.

(158) Lampué, *op. cit.*, p. 220.

(159) Section, 4 février 1944, Vernant, R.D.P. 1944, p. 171. Conclusions Chenot, note Jèze ; Penant, 1947.I., p. 35, note de Soto.

(160) 3 juillet 1914, Elections au conseil d'arrondissement de Dinh Toi, Rec. p. 811. « Considérant que l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 dispose que le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière administrative contentieuse, et qu'il a été fait application de ce principe dans l'article 86 du décret du 5 août 1881... qu'il résulte de ces textes que les décisions rendues aux colonies par les conseils du contentieux administratif, qui n'ont été soustraites par aucun autre acte législatif à l'application de l'article 9 précité de la loi du 24 mai 1872, peuvent toujours être portées en appel devant le Conseil d'Etat. »

décision de 1954, dame Bercovics (161), le Conseil d'Etat admet la possibilité d'un appel contre la décision de rejet d'un sursis à exécution prononcée par un tribunal administratif à partir de l'article 57 de la loi du 22 juillet 1889 prévoyant la possibilité d'un appel au Conseil d'Etat des arrêtés des conseils de préfecture. Les auteurs ne s'y sont pas trompés; la façade législative importe peu, il s'agit d'une application du « principe selon lequel tout jugement de tribunal administratif est susceptible d'appel au Conseil d'Etat, sauf texte expressément contraire » (162).

La jurisprudence de la Haute Assemblée déborde du cadre étroit des décisions rendues par les tribunaux administratifs ou les conseils du contentieux. Elle essaie d'imposer l'appel au Conseil d'Etat, de manière générale. Un exemple récent le montrera.

202. — 3° *L'appel des décisions arbitrales.* — Une loi prévoit la création d'une commission d'arbitrage. Un décret supprime l'appel. Le Conseil d'Etat admet néanmoins qu'il peut tout de même être saisi comme juge d'appel « sans que puissent faire obstacle à un tel appel les dispositions de l'article 3 du décret du 27 décembre 1948, lesquelles en l'absence de toute disposition législative expresse, ne sauraient légalement exclure cette voie de recours » (163). M. le commissaire du gouvernement Chardeau note que la jurisprudence civile admet la possibilité d'un appel d'une décision arbitrale à partir de l'article 1023 du Code de procédure civile. Il en déduit qu'il s'agit là d'un « principe général de compétence » selon lequel « *tout arbitrage* implique la possibilité d'un *appel* » sauf disposition législative expresse en sens contraire. On sent, sous-jacent, le principe du double degré et ici, qui plus est, sans référence précise à aucun texte (164).

Depuis 1953, l'organisation des juridictions administratives de

(161) Section. 7 mai 1954, Bercovics, Rec., p. 261 ; R.P.D.A. 1954, p. 125, conclusions Fougère, S. 1954.III, p. 74 ; D. 1954.J., p. 649. Cette jurisprudence ne fait que reprendre une ancienne solution donnée par le Conseil d'Etat qui admettait la possibilité d'un appel de la décision du Conseil de préfecture refusant d'ordonner un constat d'urgence en vertu de l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889, v. par ex. 15 novembre 1911, D. 1913.III.151 dans ce sens, v. Laferrière, 2e édition, t. I, p. 375. Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, p. 172, *contra* Bequet, V° Contentieux administratif n° 1087.

(162) Long, Weil et Braibant, 2e édition, p. 400.

(163) Assemblée, 4 janvier 1957, Lamborot, Rec., p. 12, A.J. 1957.II.108, conclusions Chardeau ; dans le même sens, 11 juillet 1945, Société des torpilles de Saint-Tropez, Rec. 157 ; Section, 28 mars 1945 Ministre de la Guerre c. Société Schneider, Rec. 66 ; 2 mars 1956, Le secteur électrique de Reuilly, Rec. 102.

(164) De même, sans qu'aucun texte ne prévoie un tel recours, le Conseil d'Etat admet l'appel des jugements interprétatifs, v. par ex. 7 janvier 1942, Ministre des Finances c. Société Gerbault et Bussienne, Rec., p. 4 ; Section, 25 juillet 1952, Ministre de l'Industrie et du Commerce c. Société des Grands Travaux de Marseille. Rec., p. 400. La jurisprudence civile est dans le même sens, Civ., 4 novembre 1914, D.P. 1916.I.269 ; Req., 11 février 1947, D. 1947.J, p. 198.

droit commun sert le principe du double degré. Un principe général d'appel des jugements des tribunaux administratifs au Conseil d'Etat trouve l'occasion de s'appliquer plus souvent depuis que la juridiction de première instance est aussi la juridiction de droit commun. Le Conseil d'Etat exige de même le respect du principe lorsque le rattachement de la juridiction d'exception à lui, par la voie de l'appel, est possible. Mais, dans la plupart des cas, ceci est impossible. Le législateur a parfois prévu pour les juridictions d'exception leur propre degré d'appel (165). Il a plus souvent affirmé qu'elles statuent « en premier et dernier ressort ». Le Conseil d'Etat ne peut alors exercer de contrôle sur elles que par le moyen du pourvoi en cassation.

203. — *Comparaison des solutions retenues par la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative.* — Les deux jurisprudences accordent une valeur égale au double degré de juridiction. Seule une dérogation législative expresse peut écarter le principe général du droit d'appel. Comme on l'a vu, bien avant 1953, le principe se retrouve dans la jurisprudence administrative. Qu'il soit également consacré dans les deux jurisprudences ne signifie cependant pas que son application soit aussi fréquente dans le contentieux administratif que dans la procédure civile. Malgré la réforme de 1953, il reste encore une grande partie du contentieux administratif soumis aux juridictions d'exception qui ne connaît pas l'appel.

La seule différence de principe qui subsiste entre les solutions adoptées dans les deux matières tient plus aux textes qu'à la jurisprudence. Quelle que soit la valeur de la demande, l'appel est possible en procédure administrative contentieuse. Un intérêt trop minime ne le permet pas en procédure civile. La pratique dans ce dernier domaine des demandes additionnelles venant gonfler artificiellement le litige pour permettre l'appel, le nombre des demandes indéterminées réduisent, en définitive, l'écart entre les deux solutions.

## § II. — Les aménagements du principe du double degré de juridiction

204. — La règle du double degré est une garantie pour les parties. C'est aussi une garantie de bonne justice qui s'impose à elles, comme au juge. A cet égard, seule la nature du jugement de premier ressort détermine la possibilité de former ou non appel. Après avoir envisagé le problème de la nature du jugement de premier ressort nous essaierons de déterminer dans quelle mesure la renonciation à l'appel ou au premier ressort est possible.

(165) V. sur les particularités en matière de comptabilité publique, Weil P., « La règle de la « double juridiction » en matière de responsabilité des comptables publics », Rev. sc. lég. fin. 1950, p. 174.

1°) *La nature du jugement de premier ressort est seule opérante.*

205. — A. — *Le juge ne peut modifier la nature du jugement de premier ressort.* — Le principe s'est fixé en matière civile à la suite de la disposition de l'article 454 du Code de procédure civile : « Seront sujets à appel les jugements qualifiés en dernier ressort lorsqu'ils auront été rendus par des juges qui ne pouvaient prononcer qu'en premier ressort ». La loi seule décide si les jugements sont rendus en premier ou en dernier ressort et les tribunaux ne peuvent, par une qualification inexacte en modifier la nature (166). En réalité, il y a là l'application d'un principe plus large. La qualification par le juge de sa décision peut être redressée par le juge d'appel. Ainsi, les jugements tirent de leurs éléments même leur qualité de décision contradictoire ou par défaut. On voit constamment le juge d'appel déclarer contradictoires des jugements réputés par défaut (167) ou déclarer rendus par défaut des jugements réputés contradictoires (168). Une jurisprudence constante du Conseil d'Etat fait application des mêmes règles (169). En effet, la décision du juge participe — *aussi bien en procédure civile qu'administrative* — et quelle que soit la volonté de ce dernier, du champ du litige que les parties ont bien voulu fixer. Dans ce cadre, les parties bénéficient d'une garantie, le double degré de juridiction auquel le juge ne peut déroger par une fausse qualification de sa sentence. La nature de celle-ci dépend uniquement de la manière dont les parties ont fixé l'instance.

206. — B. — *La nature du jugement de premier ressort peut interdire l'exercice du droit d'appel.* — Il est, en effet, des jugements qui ne limitent pas de manière définitive la saisine du juge de premier ressort. Ce sont les jugements par défaut dans la mesure où ils sont encore susceptibles d'opposition. Il est nécessaire que la partie défaillante épuise toutes les possibilités du premier ressort avant de saisir le juge d'appel.

Une distinction qui a beaucoup plus d'importance dans les contentieux civil et administratif est celle des jugements avant dire droit et définitifs. Les seconds statuent définitivement, les premiers, rendus au contraire au cours de l'instance, ordonnent une mesure préalable sans statuer définitivement sur aucun point litigieux (170). Si l'on conçoit facilement que l'appel soit toujours possible contre les jugements défi-

(166) Req., 26 juillet 1870, D.P. 71.I.338 ; Civ., 28 novembre 1904, D.P. 1905.I.253 ; Civ., 30 décembre 1908, D.P. 1909.I.247.

(167) Req., 22 mars 1825, S. 1825.I.85 ; Req., 11 janvier 1892, D. 1893.I.65, S. 1894.I.321, note Balleydier.

(168) Civ., 22 janvier 1930, S. 1930.I.185.

(169) 11 mai 1900, Ministre de la Guerre c. Séjalon, Rec. 340, S. 1902.III.88 ; 18 mars 1904, Ministre des Travaux Publics c. Rodiès, Rec. 242.

(170) Glasson, Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e édition, 1929, tome III, p. 4.

nitifs puisqu'en statuant de manière définitive, ils peuvent avoir causé un grief lui aussi définitif, l'appel contre les jugements avant dire droit ne doit pas toujours être recevable. Il ne faut pas qu'à l'occasion d'un jugement purement préparatoire les parties usent de l'appel comme d'une manœuvre dilatoire.

Aussi, le Code de procédure civile distinguait-il entre jugements préparatoires et jugements interlocutoires. Alors que l'appel contre les premiers ne pouvait être interjeté qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel de ce jugement (171), l'appel contre un jugement interlocutoire pouvait être interjeté avant le jugement définitif (172). Le même code précisait, qu'étaient réputés préparatoires, les jugements rendus pour l'instruction de la cause et qui tendaient à mettre le procès en état de recevoir une solution définitive, tandis que les jugements interlocutoires étaient ceux qui, en ordonnant avant dire droit une preuve,une vérification ou une instruction, préjugeaient le fond (173).

La jurisprudence administrative avait consacré, avant l'intervention de la loi du 22 juillet 1889 cette distinction. Les arrêtés préparatoires ne pouvaient être l'objet d'un appel au Conseil d'Etat qu'en même temps que l'arrêt définitif du Conseil de préfecture (174). Les arrêtés interlocutoires pouvaient, au contraire, être attaqués devant le Conseil avant la décision définitive (175).

La loi 22 juillet 1889 devait consacrer ce rapprochement entre les deux procédures dans son article 60 : « les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'appel des jugements préparatoires et interlocutoires sont applicables aux recours formés contre les décisions des conseils de préfecture ».

Certaines divergences s'étaient introduites dans l'application des notions de jugement préparatoire et interlocutoire par les jurisprudences civile et administrative. Ceci est une chose normale entre deux ordres de juridiction puisqu'aucun tribunal supérieur n'est chargé de trancher les divergences des solutions qu'ils adoptent (176). Leur étude est désormais inutile.

(171) Article 451 ancien C. proc. civ.

(172) V. note 72.

(173) Article 452 ancien C. proc. civ.

(174) 21 novembre 1884, Chagot, Rec. 831 ; 13 mars 1885, ville de Limoges, Rec. 331.

(175) 8 juillet 1863, ville de Paris, Rec. 529.

(176) Un argument donné par le commissaire du gouvernement Latournerie (dans ses conclusions sur Section, 23 juillet 1937, Ali Tur, Rec. 769, R.D.P. 1938, p. 103, conclusions Latournerie) doit être écarté. M. L. se demande en effet « Les règles dégagées, dès longtemps, sur l'interprétation des articles 451 et 452 du C. pr. civ. ne doivent-elles pas dès lors s'appliquer telles quelles devant la juridiction administrative ? ... La réponse ne saurait être nécessairement affirmative. Car c'est dans notre droit public, un principe fondamental que, lorsque les prescriptions de procédure en vigueur devant l'autorité judiciaire doivent s'appliquer également devant la juridiction administrative — qu'elles y étaient

La loi du 23 mai 1942 a, en effet, permis l'appel contre les jugements avant dire droit de manière générale (177). Elle a modifié, notamment, à cette fin l'article 451 C. Pr. Civ. qui dispose désormais : « En toutes matières, à l'exception de celles pour lesquelles cette voie de recours est interdite par la loi, tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif... ». Seules des conditions de formes particulières sont édictées pour de tels appels (178).

Comme les dispositions concernant les tribunaux administratifs se réfèrent aux dispositions du Code de procédure civile sur ce point, il était normal que le Conseil d'Etat applique ces dispositions dans leur nouvelle formulation et non dans leur rédaction abrogée. La Haute Assemblée a cependant hésité à s'engager dans cette voie. Une décision de section du 24 juillet 1942 refusant l'appel immédiat contre un jugement préparatoire est particulièrement symptomatique à cet égard (179). D'autre part, deux arrêts intervenus en 1942, sans être en contradiction avec la nouvelle loi du 23 mai 1942, omettent de mentionner son existence.

Le Conseil d'Etat n'a pu cependant retenir longtemps une solution si contraire à l'esprit des textes et au rapprochement nécessaire avec la procédure civile. Dans une espèce Algérie contre Ville d'Alger (180), il décide « qu'aux termes de l'article 451 du Code de procédure civile, *modifié par la loi du* 23 *mai* 1942, « tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif » et qu'en vertu de l'article 60 de la loi du 22 juillet 1889, les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'appel des jugements préparatoires et interlocutoires sont applicables aux recours formés contre les décisions des conseils de préfecture ; qu'il suit de là que même si l'arrêté attaqué avait, dans son ensemble, un caractère préparatoire, la requête susvisée de l'Algérie n'en serait pas moins recevable ».

Les contestations sur la nature du jugement ont donc perdu dans les deux procédures une grande partie de leur intérêt. Le principe du

étendues par une disposition expresse ou qu'elles doivent y être reçues comme prescription du droit commun — elles ne le sont que dans la mesure où le permet le régime spécial du droit public et avec les adaptations qui, le cas échéant, peuvent y être nécessaires ». Dans la suite de son raisonnement, M. L. n'argue cependant d'aucune des particularités du droit administratif pour justifier les divergences qu'il estime exister entre les deux jurisprudences. Aucune particularité de cette matière ne peut expliquer les solutions retenues.

(177) Vizioz, « La réforme de l'appel » (Commentaire de la loi du 23 mai 1942 sur l'appel des décisions judiciaires), J.C.P. 1943.I.307. Etudes de procédure, 1956, p. 505, n$^{os}$ 21 et suiv.

(178) La distinction des jugements préparatoires et interlocutoires conserve encore quelques intérêts : observations Raynaud, Rev. trim. dr. civ. 1958, p. 678 ; Civ., 19 mai 1958, D. 1958.J.483, J.C.P. 1958.IV. Ed. Avoués, n° 3293, obs. Madray.

(179) Section, 24 juillet 1942, Commune de Bobigny c. consorts Josseaume, Rec. 236.

(180) 1$^{er}$ octobre 1954, Algérie contre Ville d'Alger, Electricité et Gaz d'Algérie et Société des tramways algériens, Rec. 503.

droit d'appel s'en trouve réconforté. La renonciation des parties à son bénéfice paraît devoir être plus difficile.

2°) *La renonciation par les parties au double degré de juridiction. Le principe du double degré est-il d'ordre public ?* — Les parties, pour clore un litige, peuvent avoir la volonté de renoncer au double degré de juridiction, mais elles peuvent aussi essayer de l'aménager au mieux de leurs intérêts.

207. — A. — *La renonciation pure et simple.* — Les parties peuvent renoncer au double degré, soit lorsque la décision de premier ressort est acquise par acquiescement ou désistement — ces deux institutions, s'appliquant de manière générale à la renonciation des garanties dont les plaideurs disposent, seront étudiées plus loin (181). Mais elles peuvent aussi y renoncer avant que le jugement soit rendu, au début du procès, même avant que le procès soit commencé. Cette renonciation est-elle valable ?

208. — *En matière civile,* cette renonciation est possible par accord des parties, si elles sont capables de transiger. Le décret des 16-24 août 1790 obligeait même les parties à « déclarer au commencement de la procédure si elles entendaient être jugées sans appel ». Parmi les textes en vigueur, nombreux sont ceux qui prévoient la licéité d'une telle renonciation (182). Le législateur n'ayant pas résolu la question pour les tribunaux civils, la Cour de cassation a été amenée à trancher le problème par un arrêt du 26 juin 1855 (183). Elle a posé en principe la validité de la renonciation par le motif que le droit d'appel est une faculté accordée aux parties par la loi, faculté à laquelle elles peuvent renoncer, aussi bien avant qu'après le jugement. Le danger de cette renonciation est bien apparu cependant aux magistrats civils. Il faut que cette renonciation soit donnée en connaissance de cause et que le consentement des parties soit libre et conscient. La volonté des parties ne peut cependant aller à l'encontre d'une protection d'ordre public dont elles disposent si bien que lorsque l'objet du litige n'est pas susceptible de transaction (184) ou si une garantie fondamentale des plaideurs a été violée — violation des droits de la défense, par exemple — l'appel est possible malgré la renonciation (185).

Les principes qui se dégagent de la jurisprudence en la matière peuvent se résumer de la manière suivante. La règle du double degré de juridiction n'est pas en elle-même d'ordre public ; garantie pour les

(181) Chapitre II de ce titre.

(182) Articles 7 et 1010 C. proc. civ. ; article 639 Code de commerce.

(183) Req., 26 juin 1855, D.P. 1856.I.9.

(184) De nombreuses décisions précisent que la renonciation au droit d'appel dans un compromis n'est pas valable en ce qui concerne les moyens d'ordre public, v. par ex. Paris, 8 juillet 1942. D.C. 1944.J.23.

(185) Paris, 18 novembre 1952, D. 1952.J.804.

parties elle peut, comme toutes les garanties, ne pas avoir à jouer, autant permettre alors aux parties d'y renoncer. Mais si la nécessité de cette garantie se fait sentir, par exemple si les droits de la défense ont été violés, la nullité de la renonciation sera prononcée par le juge d'appel. La renonciation à l'appel est possible avant tout litige, mais sa validité ne pourra réellement être appréciée qu'une fois le jugement prononcé.

209. — Aux nuances de la jurisprudence civile s'oppose, en matière administrative, une interdiction sans ambages de la renonciation au bénéfice des degrés de juridiction avant toute contestation (186). Le Conseil d'Etat qualifie cette renonciation de contraire à l'ordre public. Il lui a semblé dangereux d'admettre qu'un contractant, le plus souvent l'Etat insère dans les dispositions des cahiers des charges des clauses prévoyant une telle renonciation. Mais il admet, par contre, la renonciation à l'appel une fois le litige introduit. Ainsi, dans une espèce Nougaret (187), après avoir déclaré nulle une clause de renonciation au droit d'appel avant tout litige, il admet qu'une des parties renonce à son appel.

210. — Les solutions brutales des deux jurisprudences sont rigoureusement opposées. La première admet la renonciation anticipée, la seconde l'interdit. Mais si l'interprétation que nous avons donnée de la première est exacte, le rapprochement des jurisprudences est frappant. En bonne logique, la solution adoptée par la jurisprudence civile est la meilleure. Il ne faut pas confondre le double degré de juridiction, garantie donnée aux plaideurs afin qu'ils puissent faire respecter les garanties, les « protections » dont ils doivent être entourés dans l'instance, avec ces garanties elles-mêmes. On peut renoncer au premier mais non aux plus fondamentales des secondes, et s'il est avéré que l'appel peut seul faire respecter ces garanties, la renonciation sera nulle. Mais la solution donnée par la jurisprudence administrative est plus réaliste. La validité de la renonciation ne pouvant s'apprécier qu'une fois la contestation née, elle ne doit être possible qu'à ce moment-là.

211. — B. — *L'aménagement du double degré de juridiction.* — Il n'appartient évidemment pas aux parties d'aménager à leur gré l'organisation judiciaire et de créer un troisième degré de juridiction. Mais

(186) 23 juin 1853, Nougaret, Rec. 627, « Considérant que si le sieur N. excipe de la disposition de l'article 10 du devis, aux termes de laquelle l'administration et l'entrepreneur s'engageaient respectivemnt à accepter sans appel les décisions des conseils de préfecture pour tous règlements de comptes relatifs au retard, cette clause contraire à l'ordre public ne pouvait faire obstacle aux droits du ministre des travaux publics de se pourvoir contre lesdites décisions... » ; dans le même sens, 21 juillet 1853, Commune de Geste c. Royer, Rec. 749. 31 août 1863, Ville de Conches c. Lemine, D.P. 1863.III.85, S. 1863.II.270.

(187) Nougaret précité « ... mais considérant que le ministre renonce à son pourvoi de ce chef ».

d'autres modifications plus subtiles de notre principe peuvent être imaginées par elles. Elles peuvent soit éviter complètement le premier degré de juridiction, en formant un recours direct à la juridiction d'appel, soit ne pas satisfaire entièrement le premier degré de juridiction aussi bien en ne le saisissant que d'une partie du litige qu'en n'épuisant pas toutes ses possibilités.

*a*) *Le recours direct à la juridiction d'appel.* — Le premier degré de juridiction est dans ce cas littéralement « sauté ».

1. — *En matière civile.* — Bien que le litige arrive devant la juridiction d'appel non instruit, la jurisprudence avait décidé que la règle des deux degrés de juridiction n'étant pas d'ordre public on devait reconnaître la validité d'une telle combinaison (188). Un arrêt de la Chambre civile avait exprimé de manière très nette « le juge institué par la loi comme juge d'appel ne peut connaître d'une contestation qui n'a pas été portée devant le juge du premier degré à moins qu'il ne soit saisi par un accord formel et exprès des parties » (189). Très tôt, cependant, la Cour de cassation est revenue sur cette solution. Par un arrêt du 12 mars 1889 (190), elle admet que la règle du double degré de juridiction étant une « règle d'organisation judiciaire qui rentre dans le droit public » (191), il ne dépend pas des parties de supprimer absolument le premier degré de juridiction et de saisir directement de l'action le tribunal qui ne doit en connaître que dans le cas d'un appel. Cette jurisprudence, sans cesse réaffirmée (192), montre que le principe du double degré de juridiction, s'il ne vit que par et pour les parties, est un fardeau dont elles ne peuvent parfois se défendre.

Sous le couvert de ce principe, la Cour de cassation exige le respect de certaines règles élémentaires d'organisation judiciaire : la loi a établi certaines juridictions pour connaître des procès de première instance et d'autres pour statuer sur les appels. Si la juridiction d'appel dispose des mêmes pouvoirs que la juridiction de première instance, il n'en demeure pas moins vrai que, d'une part, la juridiction d'appel n'opère pas une deuxième instruction de l'affaire — et que la lui imposer bouleverse l'organisation juridictionnelle — et que, d'autre part, l'appel est, en général, une voie de réformation et non pas de jugement en premier examen d'une affaire.

2. — *En matière administrative.* — Le Conseil d'Etat n'admet pas que l'on puisse porter directement en appel une affaire qui aurait dû

(188) Req., 22 novembre 1837, S. 1838.I.52 ; Req., 27 avril 1840, S. 1840.I.507 ; Req., 11 novembre 1885, S. 1889.I.69.

(189) Civ., 29 juillet 1884, S. 1887.I.22.

(190) Civ., 12 mars 1889, S. 1889.I.513, note A. Tissier.

(191) A. Tissier, note précitée, p. 514, 2e colonne.

(192) Civ., 8 mai 1922, D. 1923.I.13 ; Civ., 14 janvier 1942, D.C. 1942.60 ; Civ., 22 janvier 1953, D. 1953.236.

subir le premier degré de juridiction (193). De même qu'avant 1889, il n'admettait pas que l'on « saute » le ministre (194). Il considère ainsi que la règle du double degré est d'ordre public.

212. — Les solutions adoptées par les deux jurisprudences sont donc identiques. La fermeté de la position du Conseil d'Etat a permis à la Cour de cassation de percevoir les dangers de l'élimination du premier ressort et depuis 1889 — par un curieux hasard, juste lorsque le Conseil va abandonner la théorie du ministre-juge — il s'impose en toutes matières. Sa violation peut être cependant plus nuancée, tout en respectant le premier degré, les parties peuvent ne pas satisfaire entièrement les règles posées par notre principe.

*b*) *Le non-épuisement du premier ressort.* — Les parties, soit ne soumettent pas tout le litige au juge de première instance : elles introduisent des demandes nouvelles en appel, soit n'usent pas des voies de recours possibles devant la juridiction de premier ressort.

213. — 1) *Les demandes nouvelles en appel.* — Les parties peuvent-elles former des demandes nouvelles en appel par accord tacite ou formel ? *A priori*, non, « si l'ordre public défend de supprimer le premier degré de juridiction, il doit le défendre toujours » (195). Il n'appartient pas aux parties de ne soumettre qu'un fragment de leur litige en premier ressort pour l'étendre en appel.

C'est à cette solution que s'arrête le Conseil d'Etat (196). Il est ainsi en accord avec sa jurisprudence qui interdit de « sauter » le premier degré de juridiction, si on ne peut l'éliminer totalement, on ne doit pas pouvoir l'éliminer partiellement.

La jurisprudence civile admet, au contraire, que l'accord des parties est suffisant pour soumettre une demande nouvelle à la juridiction d'appel (197). Cette dérogation au caractère d'ordre public du premier degré de juridiction n'est pas expliquée et est difficilement explicable. Elle participe de la tendance qu'a la jurisprudence civile, conformément aux tendances de la législation, de permettre assez facilement les demandes nouvelles en appel. Le bien-fondé de cette solution et l'étude des mérites respectifs des solutions de jurisprudence civile et administrative ont été abordés avec l'étude des demandes nouvelles.

(193) 25 juillet 1857, Commune d'Ennery, Rec. 502 : on ne peut porter directement devant le Conseil une demande de la compétence du conseil de préfecture ; dame Antoine, 16 octobre 1935, Rec. 939, Dame Baton, 4 mars 1936, Rec. 289.

(194) V. par ex. 17 mars 1812, Eggerlé et Greiner, Rec., t. I, 325.

(195) Note A. Tissier précitée, p. 514, 2e colonne.

(196) V. par ex., 6 mars 1936, Lamy, Rec. 293 ; 9 novembre 1945, Bérard, Rec. 226.

(197) Civ., 12 mars 1889 dans sa motivation ; Req., 18 avril 1947, D. 1947.283. « Attendu... que l'exception de demande nouvelle ne tient pas à l'ordre public et que le juge d'appel doit rejuger le litige dans les termes où les parties ont consenti à le débattre. »

214. — *L'appel n'était possible que contre les jugements contradictoires.* — La partie qui pourrait former opposition du jugement de première instance devant la juridiction qui l'a rendu peut-elle former directement un appel ?En d'autres termes, peut-elle user du second degré avant d'avoir épuisé le premier ?

L'intérêt de la recevabilité de l'appel alors que les délais d'opposition ne sont pas épuisés est le suivant. Il est parfois assez difficile de distinguer entre un jugement rendu par défaut et un jugement contradictoire — ceci d'autant plus, nous l'avons dit, que la qualification donnée à la sentence par le juge importe peu. Si bien que si une partie forme immédiatement un appel contre un jugement qu'elle croit contradictoire, mais rendu en réalité par défaut, elle court le risque de voir déclarer son recours irrecevable. Aussi, en matière civile le Code de procédure civile fut modifié afin de permettre l'appel immédiat et le nouvel article 456 disposait que « l'appel par la partie défaillante d'un jugement susceptible d'opposition sera recevable même avant l'expiration du délai d'opposition » (198). Ainsi, la partie défaillante conservait son droit à opposition mais elle pouvait y renoncer et porter l'affaire immédiatement devant le second degré de juridiction. L'opposition ayant été supprimée, par le décret du 22 décembre 1958, lorsque l'affaire est susceptible d'appel, le problème du concours entre les deux voies de recours ne se pose plus.

Devant les tribunaux administratifs, l'appel n'était recevable qu'après l'expiration du délai de l'opposition (199). S'il était en effet possible de laisser passer le délai d'opposition et de faire appel dans les deux mois suivant l'expiration du délai d'opposition (200), le Conseil d'Etat se refusait, en l'absence de toute disposition législative expresse, à admettre l'appel devant lui avant l'expiration de ce délai (201). La suppression par la réforme du 10 avril 1959 de l'opposition devant les tribunaux administratifs a entraîné une nouvelle rédaction de l'article 57. « Toute partie présente dans une instance ou qui y a été régulièrement appelée..., alors même qu'elle n'aurait produit aucune défense, peut dans le délai de deux mois interjeter appel devant le Conseil d'Etat contre tout jugement rendu dans cette instance. » Le concours entre les deux voies de recours n'existant plus, les problèmes posés par le délai de l'opposition ont disparu d'eux-mêmes.

215. — Les parties peuvent donc dorénavant, aussi bien en matière civile qu'administrative, former directement appel d'un jugement par

(198) L'ancien article 455 contenait d'après les interprètes une double prohibition (cf. Vizioz, *Etudes de procédure*, p. 494) : défense d'interjeter appel tant que la voie de l'opposition restait ouverte ; défense d'interjeter appel après que l'opposition avait été formée et qu'elle était encore pendante (V. Garsonnet et Cézar-Bru, t .VI, n° 33 ; Glasson, Tissier et Morel, t. III, n° 876 ; Civ., 16 novembre 1927, J.C.P. 1927.II.1493, S. 1928.I.161).

(199) Article 57 de la loi du 22 juillet 1889.

(200) 18 janvier 1957, Mantega, A.J. 1957.II.200, conclusions Mosset.

défaut. On multiplie ainsi les occasions d'appel alors que le premier ressort n'a pas été complètement épuisé. L'appel est plus souvent possible qu'il ne l'était auparavant. L'appel sert de plus en plus à pallier les insuffisances du premier degré qu'à le contrôler vraiment.

## Sous-Section II

### L'instance peut être contrôlée par un juge supérieur : l'existence du recours en cassation.

216. — Le pourvoi en cassation ne conduit pas à un nouvel examen intégral de l'instance. Il n'en est pas moins une garantie fondamentale pour les parties (202). Cette garantie ne tient pas tellement à la nature du contrôle du jugement en dernier ressort : contrôle de la seule légalité interne, on ne voit pas en effet en quoi un examen limité d'une sentence garantirait plus les parties que l'examen intégral du juge d'appel. L'importance du pourvoi en cassation provient essentiellement de *la qualité du juge chargé de l'examiner.* Etant le juge suprême, il peut veiller à l'unité d'interprétation de la règle de droit. Ceci a pour les parties un intérêt très immédiat. Il leur assure une égalité dans l'application de la loi. Les différents tribunaux ou Cour d'appel peuvent avoir leur conception particulière de la compréhension d'un texte ; le juge de cassation, juge suprême, évite à la personne jugée à Aix-en-Provence de regretter que sa cause n'ait pas été entendue à Rennes ou à Paris. D'autre part, lorsque l'instance, en raison de sa nature, a été soumise à un juge spécialisé et que le degré d'appel participe lui-même de cette spécialisation ou est supprimé en la matière, l'instance en cassation va permettre aux parties de réintégrer leur jugement dans l'ordre juridique de droit commun (203). Ainsi,

(201) Section, Préfet du Vaucluse et M.R.L. c. dame Veuve Corbeil, 27 juin 1956, Rec. 272 ; Section, 12 octobre 1956, Desseaux, Rec. 364 ; ces deux décisions au D. 1956.755, note R. Drago et 758 ; R.D.P. 1957.115, note M. Waline ; Section, 7 juin 1957, Préfet de la Gironde, A.J. 1957.II.365, conclusions Guldner, R.D.P. 1958.101, note M. Waline.

(202) Faye, *La Cour de cassation, Traité de ses attributions et de sa compétence et de la procédure observée en matière civile,* 1903. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait,* Thèse, Toulouse, 1929. Jacquemart, *Le Conseil d'Etat juge de cassation,* Thèse, Lille, 1956. Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel,* Thèse, Nancy, 1957.

(203) Cette fonction de l'instance en cassation est parfois paralysée par le caractère technique de la matière. Un tel caractère facilite l'extension des pouvoirs du juge inférieur au détriment du juge de cassation. Ce dernier n'ayant pas la qualification nécessaire pour revenir sur les appréciations techniques émises par la juridiction en cause est obligé de les considérer dans la plupart des cas comme des questions de fait dont il ne peut, étant juge de la légalité, s'occuper.

lorsque le juge saisi est un juge professionnel, Ordre des médecins, par exemple, le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat permettra d'annhiler les tendances particularistes de la juridiction en cause. La première garantie du pourvoi en cassation pour les justiciables pouvait être qualifiée de garantie *ratione loci,* il s'agit ici d'une garantie *ratione materiae.* Grâce à elle, les plaideurs sont assurés que le procès jugé par le tribunal paritaire des baux ruraux ou celui examiné par le tribunal de commerce ou le conseil de prud'hommes sera envisagé dans le même esprit de sauvegarde de leurs intérêts que s'il appartenait à la compétence du tribunal de grande instance.

Ces deux aspects de la garantie constituée par le pouvoir en cassation découlent de la qualité du juge chargé de l'examiner. Il en est un troisième qui participe encore plus directement de cette qualité. De sorte qu'on peut le nommer garantie *ratione personæ.* Quels que soient les modes de recrutement particuliers aux conseillers d'Etat ou aux conseillers à la Cour de cassation, il ne fait aucun doute que ces magistrats se trouvent dans une telle juridiction en raison de leur aptitude particulière. A cette compétence accrue du juge correspond tout naturellement une protection plus grande pour les parties.

C'est en fonction de ces multiples aspects de l'intérêt des parties (204), que toute instance doit protéger, que s'est établi un principe de pourvoi en cassation, tout comme il existe un principe du double degré de juridiction. Nous le suivrons dans ses modalités d'application après l'avoir étudié dans son élaboration.

## § I. — L'ÉLABORATION DU PRINCIPE DE POURVOI EN CASSATION.

Le pourvoi en cassation a été retardé dans sa croissance par l'imprécision de la notion d'acte juridictionnel et par la confusion qui fait partie de l'histoire du droit administratif français entre acte juridictionnel et acte administratif. Cette confusion, loin cependant de nuire à l'affirmation d'un principe de pourvoi en cassation a, au contraire, favorisé son développement.

217. — Le Code de procédure civile ne s'occupe quasiment pas du recours en cassation. La Cour de cassation a cependant très vite dégagé un principe de pourvoi en cassation de plein droit. Dès 1882 (205), la

(204) GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, p. 447 : « Le recours en cassation..., est un recours établi dans l'intérêt privé des parties. Sans doute la fonction de la Cour de cassation, si on en considère le résultat d'ensemble, est d'imposer, dans l'intérêt général, l'application exacte de la loi. Mais, le recours en cassation, considéré en lui-même n'en a pas moins le caractère d'un recours privé. C'est, dans tous les cas, à tort, et par suite d'une grande exagération que certains auteurs ont voulu lui reconnaître un caractère disciplinaire. »

(205) Civ., 26 juin 1882, D. 1883.I.78.

Chambre civile décide « qu'il est de principe que la voie du recours en cassation est ouverte aux justiciables pour cause de violation de la loi contre toutes les décisions judiciaires pourvu qu'elles soient définitives et rendues en dernier ressort, que *toute exception à cette règle générale implique une restriction de l'exercice d'un droit et doit, dès lors, être rigoureusement limitée aux cas particuliers pour lesquels elle a été édictée* ».

Un arrêt de 1916 (206) précise ensuite que ce droit au pourvoi en cassation, qui « s'étend en principe à toutes les décisions rendues par les tribunaux français de l'ordre judiciaire », ne peut être enlevé *que « par une disposition expresse de la loi »*.

Une jurisprudence absolument constante (207) veille au respect de cette garantie pour les justiciables. En la matière, l'affirmation d'un principe de pourvoi en cassation absolument général va de pair avec la limitation par voie d'interprétation jurisprudentielle des exceptions qui peuvent y être apportées.

218. — La confusion qui a régné dans la jurisprudence du Conseil d'Etat entre acte juridictionnel et acte administratif a longtemps obscurci la distinction entre recours pour excès de pouvoir et pourvoi en cassation (208). La quasi totalité des actes de l'administration étaient en effet considérés comme de véritables jugements. Comme l'a justement mis en lumière Bouchène-Lefer (209), il est nécessaire de distinguer entre les actes de juridiction qui sont des décisions contentieuses et les actes d'administration. En conséquence, il faut séparer nettement les organes administratifs et les organes juridictionnels. M. Peiser a insisté sur le fait que dès cette époque (1862) « Si les actes administratifs sont maintenant bien distincts des actes juridictionnels, il n'en est pas de même en ce qui concerne le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir. Les deux recours sont dénommés de la même façon et personne ne se rend compte de l'existence de deux recours différents. Mais la distinction entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel, entraîne cependant, dans la pratique, une distinction des deux recours (210). »

Laferrière insista le premier sur l'autonomie du recours en cassation par rapport à l'excès de pouvoir. Si Bouchène-Lefer avait déjà insisté sur la distinction des actes administratif et juridictionnel, Laferrière va en tirer les conséquences sur le plan de la distinction des

(206) Req., 12 janvier 1915, D.P. 1916.I.13.

(207) Civ., 18 juillet 1933, D.H. 1933.505 ; Civ., 3 mai 1944, D.A. 1944.86. L'arrêt : Civ., 5 juillet 1920, D.P. 1920.I.91, ne peut être considéré comme une entorse à cette jurisprudence (v. le rapport Colin publié même référence). Dans cette espèce, le caractère juridictionnel du jugement attaqué était très contestable.

(208) Dupuy R.J., « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », R.D.P. 1950, p. 505.

(209) Bouchène-Lefer, *Principes et notions élémentaire du droit public administratif*, Paris, 1862, t. VIII. p. 623, cité par Peiser, thèse précitée, p. 88.

(210) Peiser, Thèse précitée, p. 90.

deux recours. Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat est formé contre les jugements « d'autres juridictions qui ont prononcé avant lui ». Au contraire, « le recours en annulation est formé contre un acte administratif » (211). Laferrière assigne au recours en cassation « une double base législative : d'une part, les dispositions générales des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ; d'autre part, des textes spéciaux qui déterminent, pour certaines juridictions, les conditions dans lesquelles le recours peut être formé » (212).

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas toujours distingué clairement recours pour excès de pouvoir et pourvoi en cassation (213). Une confusion passagère a même existé entre les deux recours. Ceci était dû essentiellement à la difficulté de distinguer acte administratif et acte juridictionnel. Une particularité du contentieux administratif expliquait également cette confusion. Le Conseil d'Etat, juge de cassation, était en même temps, dans la plupart des cas, juge de l'excès de pouvoir. L'attribution d'une compétence de droit commun en matière d'excès de pouvoir à des juridictions de première instance : les tribunaux administratifs, par la réforme de 1953, a donné un regain de vigueur à la distinction des deux recours (214).

La difficile affirmation de l'autonomie du recours en cassation n'a pas empêché *l'énonciation d'un principe formel de recours en cassation de plein droit* par la jurisprudence.

Le principe était déjà affirmé par Laferrière. En 1896, l'illustre auteur proclame que « lorsqu'il n'existe pas de textes prévoyant le recours en cassation à l'égard d'une juridiction déterminée, ce recours n'en est pas moins ouvert en vertu des principes généraux ». Il justifie néanmoins cette affirmation par un argument qui nous paraît inexact. Il soutient en effet que les décisions « rendues en dernier ressort par une juridiction spéciale ont un caractère administratif en même temps qu'un caractère juridictionnel : elles sont soumises, par cela seul, à l'application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ». Ce rapprochement que Laferrière réintroduit pour les besoins de la cause

(211) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 1re édition, Paris, 1887, tome I, p. 278.

(212) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édition, Paris, 1896, t. II, p. 575.

(213) L'évolution historique en la matière est retracée de manière particulièrement remarquable dans l'article de M. Dupuy et dans la thèse de M. Peiser.

(214) Il faut y ajouter l'impossibilité de joindre dans un même recours conclusions en cassation et conclusions en excès de pouvoir, v. Section, 5 mars 1954, Banque Alsacienne privée, R.D.P. 1954, p. 804, note Waline. Mais comme l'a justement fait remarquer M. L.T., un arrêt sieur X. témoigne d'une tendance inverse (Section, 23 mars 1956, sieur X., D. 1957.J.149 conclusions Lasry, note L.T.) : « Le présent arrêt, en se prononçant simultanément sur le recours en cassation et sur les conclusions d'annulation d'un arrêté administratif atténue l'indépendance des recours en cassation et pour excès de pouvoir dans l'hypothèse où la décision administrative n'est que la mesure d'exécution de la décision juridictionnelle. » V. également Section, 3 mai 1957, sieur Nemegyei, Rec. 280.

entre acte administratif et juridictionnel est arbitraire. Un acte juridictionnel définitif tient sa force de l'autorité de chose jugée qui y est attachée. Il ne peut en être ainsi de l'acte administratif.

Le Conseil d'Etat a néanmoins repris dans quelques décisions la justification de Laferrière. Sa portée était très clairement délimitée. Le commissaire du gouvernement, Jagerschmidt, a montré que « l'existence d'un recours a été reconnue non seulement malgré le silence des lois spéciales, mais encore, malgré les dispositions de ces lois qui qualifiaient les décisions d'une juridiction spéciale de définitives où déclaraient qu'elles étaient rendues sans aucun recours » (215).

Si la confusion avec le recours pour excès de pouvoir a justifié le caractère d'ordre public du recours en cassation, le principe subsiste de nos jours malgré l'abandon de sa justification erronée.

L'arrêt d'Aillières du 7 février 1947 (216) a réaffirmé avec netteté le caractère de droit commun du recours en cassation. Le Conseil d'Etat se trouvait dans cette affaire devant un texte qui précisait que le jugement à intervenir n'était « susceptible d'aucun recours ». Il n'en décide pas moins « que l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat ». La Haute Assemblée use ainsi d'un procédé d'interprétation restrictif qu'elle emploie comme la Cour de cassation toutes les fois qu'il faut sauvegarder des intérêts particulièrement importants (217).

### § II. — Les modalités d'application du principe de pourvoi en cassation.

218. — La garantie que constitue le pourvoi en cassation pour les justiciables est si vigoureusement proclamée et aussi fermement sau-

(215) 23 mai 1890, Préfet de l'Isère, D.P. 1892.III.3, conclusions Jagerschmidt, v. également les décisions citées par Laferrière, 2e édit., t. II, p. 576.

(216) 7 février 1947, d'Aillières, Rec. 50, R.D.P. 1947, p. 68, conclusions Odent, note Waline, J.C.P. 1947.II.3508, note Morange.

(217) L'arrêt Dreyfus-Schmidt du 8 juin 1951 (Rec. 320, D. 1951.J.529, note F.M., S. 1951.III.74, conclusions Delvolvé, J.C.P. 1952.II.6810, note Vedel) n'infirme pas cette jurisprudence. Une loi du 9 mai 1951 disposait qu' « en cas de contestation au sujet de l'enregistrement d'une liste ou d'une déclaration d'apparentement, les candidats de cette liste peuvent se pourvoir devant le conseil de préfecture. Ce tribunal doit rendre dans les trois jours sa décision qui sera sans appel ». Le texte n'excluait donc pas expressément la possibilité d'un pourvoi en cassation. Le Conseil d'Etat n'en décida pas moins qu' « en supprimant expressément la voie de recours ordinaire ouverte contre les arrêtés des conseils de préfecture et en fixant à trois jours le délai imparti auxdits conseils pour statuer sur les contestations dont s'agit, le législateur a manifestement voulu que les décisions qu'ils sont appelés à rendre en cette matière ne puissent être frappées d'aucun recours... qu'ainsi est exclu notamment le recours en cassation ». Cette jurisprudence s'explique par l'extrême prudence du Conseil d'Etat pour se saisir des opérations préliminaires aux élections législatives (cf. théorie des actes de gouvernement).

vegardée parce qu'elle est la dernière dont les parties bénéficient dans l'instance. Le jugement dont les parties demandent la cassation doit être rendu en dernier ressort. Il ne doit pas exister d'autres prolongations possibles de l'instance primitive par le moyen des voies de recours. L'interdiction du pourvoi en cassation lorsque le jugement attaqué n'est pas rendu en dernier ressort se justifie parce que toutes les ressources des instances dérivées n'ont pas été épuisées. Le pourvoi en cassation doit, à plus forte raison, être déclaré irrecevable lorsque l'instance principale elle-même n'est pas encore close. Si le juge de cette instance n'est pas dessaisi, parce qu'il n'a pas dit son dernier mot, le pourvoi en cassation sera irrecevable.

1° *Le recours en cassation n'est recevable que si les ressources de l'instance principale ont été épuisées.* — L'instance principale se termine par un jugement. Pour qu'elle soit épuisée, il faut également que ce jugement soit définitif.

219. — A. *Le recours en cassation n'est recevable que contre des jugements.* — L'acte attaqué en cassation ne doit pas être un acte administratif. C'est parce que le pourvoi en cassation s'attaque à un acte juridictionnel qu'il a pu acquérir son autonomie. Aussi, les décisions rendues par les Ordres professionnels en matière d'inscription au tableau étant des actes administratifs, elles ne sont susceptibles que de recours pour excès de pouvoir (218). Tandis que les mesures disciplinaires prises par les mêmes Ordres sont des décisions juridictionnelles susceptibles de recours en cassation devant le Conseil d'Etat (219).

L'activité du juge ne produit pas que des jugements. L'administration de la justice lui donne l'occasion d'accomplir des actes qui n'ont pas le caractère juridictionnel et contre lesquels le recours en cassation n'est pas possible. Il en est notamment ainsi des mesures de règlement intérieur décidées par les juges pour l'expédition des instances.

220. — B. *Le jugement attaqué doit être un jugement définitif.* — L'étude du principe du double degré de juridiction nous a amené à distinguer entre les jugements avant-dire droit et définitifs.

221. — *La position des tribunaux judiciaires.* — Seuls les jugements préparatoires, catégorie des jugements avant-dire droit, ne sont pas susceptibles de pourvoi en cassation. Les jugements interlocutoires peuvent, au contraire, être attaqués par cette voie avant le jugement définitif (220). Les jugements préparatoires sont seulement

(218) 12 décembre 1953, de Bayo, Rec. 544, A.J. 1954.II.138, note de Soto, A.J. 1954.II bis. 2 note Gazier et Long, R.P.D.A. 1954, p. 3, conclusions Chardeau.
(219) De Bayo précité.
(220) Civ., 28 décembre 1857, D. 1858.I.74 ; Civ., 1er juillet 1907, S. 1909.I.13.

susceptibles de recours après le jugement définitif et en même temps que lui.

Les tribunaux judiciaires ont adopté ces dispositions par analogie avec les règles suivies pour l'appel. La réforme du 23 mai 1942 permettant l'appel immédiat aussi bien des jugements interlocutoires que préparatoire n'a cependant pas été transposée dans le recours en cassation. La Cour suprême a en effet estimé (221) qu'elle devait continuer à appliquer la distinction : « L'arrêt attaqué n'était pas aux termes de l'article 14 (titre 3) de la loi du 2 brumaire an IV, *dont les dispositions n'ont pas été abrogées par la loi du* 23 *mai* 1942, susceptible d'être déféré à la Cour de cassation ». En effet, « sans préjuger du fond du litige et tous droits et moyens réservés », il avait ordonné une mesure d'instruction. Il avait donc un « caractère simplement préparatoire ». Mis à part, le fondement textuel dépassé, cette solution mérite, comme nous le verrons, d'être approuvée.

222. — *La position de la jurisprudence administrative.* — Elle a appliqué dans le recours en cassation aussi bien qu'en appel, la distinction des jugements préparatoire et interlocutoire, à l'image des juridictions civiles. Elle n'admet pas que les arrêts purement préparatoires soient attaqués avant la décision définitive (222). Par contre, les arrêts interlocutoires qui préjugent le fond peuvent être immédiatement déférés au juge de cassation (223).

M. Odent signale cette jurisprudence comme participant de l'histoire jurisprudentielle (224). Il note en effet « Jadis, il fallait également que la décision fut interlocutoire. Depuis que la loi du 23 mai 1942, modifiant l'article 451 du Code de procédure civile, a permis l'appel contre les décisions préparatoires, on peut se demander si le Conseil d'Etat qui admet la recevabilité des appels formés contre des décisions préparatoires, n'en concluera pas que le recours en cassation est aussi recevable contre les décisions présentant cette même nature ».

Le Conseil d'Etat, par une décision d'assemblée du 16 avril 1958 (225), a montré sa volonté de continuer, tout comme la Cour de

(221) Req., 19 février 1946, S. 1946.I.54, Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 342, obs. Raynaud : « Il est permis de regretter que la Cour de cassation n'ait pas profité de l'occasion de la réforme de 1942 pour suivre les auteurs qui lui conseillent d'abandonner une distinction qui ne s'impose pas et que la loi de l'An IV n'a jamais formulée, en refusant tout pourvoi séparé aussi bien contre les décisions interlocutoires que contre les simples décisions préparatoires, car il serait souhaitable de soumettre les unes et les autres au même régime quant au pourvoi en cassation aussi bien que quant à l'appel.»

(222) 14 janvier 1928, Sagnal, Rec. 61 ; 25 juillet 1930, Chigot, Rec. 819 ; 3 juin 1932, dame Veuve Girod, Rec. 548.

(223) 16 octobre 1957, Ministre des Anciens Combattants et Victimes de la guerre c. Veuve Valat, Rec. 533.

(224) Odent R., *Contentieux administratif*, Paris, 1957-1958, t. III, p. 908.

(225) Assemblée, 16 avril 1958, Romilly, A.J. 1958.II.349, conclusions Bernard M.

cassation, à appliquer la distinction des jugements préparatoire et interlocutoire. Le commissaire du gouvernement, avant de déclarer recevable un recours en cassation contre un jugement avant-dire droit de la Cour régionale des Pensions de Paris, a analysé préalablement si un tel jugement avait ou non un caractère interlocutoire.

223. — Le rapprochement avec la jurisprudence de la Cour de cassation est d'autant plus frappant que, pour définir si le jugement avait ou non un caractère interlocutoire, le commissaire du gouvernement s'est référé expressément à la jurisprudence de la Cour de cassation. L'arrêt avant-dire droit de la Cour des Pensions avait ordonné « que la procédure pénale suivie devant le tribunal militaire permanent de Strasbourg contre le sieur Romilly soit versée aux débats pour qu'il soit ensuite par le ministère public requis et par la Cour statué ce qu'il appartiendra ». Le commissaire du gouvernement, Antoine Bernard, remarque que le jugement est interlocutoire : il préjuge le fond. « On peut invoquer en ce sens, ajoute-t-il, un arrêt de la Cour de cassation d'après lequel un jugement autorisant l'une des parties à invoquer une procédure pénale malgré les conclusions contraires de son adversaire, présente un caractère interlocutoire (Req. 5 août 1880, D. P. 1881-1-211) ».

*
**

224. — Le maintien par les deux jurisprudences de la distinction, calquée sur l'appel, des jugements préparatoires et interlocutoires, malgré son abandon en appel, s'explique. Le recours en cassation reste une voie de recours extraordinaire, il ne doit être recevable que dans la mesure où les suites normales de l'instance laisseraient le justiciable désarmé. L'appel est, au contraire, une voie de recours ordinaire ; l'on tend à admettre, pour cette raison, que le juge d'appel puisse être saisi de points sur lesquels le juge de première instance n'a pas ou pas encore statué. L'abandon de la règle de l'irrecevabilité de l'appel de jugements préparatoires est une manifestation de cette tendance qui ne peut être reçue en cassation.

2° *Le recours en cassation n'est recevable que si les ressources des instances dérivées ont été épuisées.* — La notion de voie de recours extraordinaire explique cette nouvelle condition à la recevabilité du pourvoi en cassation. Le jugement doit avoir été rendu en dernier ressort. Il doit être insusceptible aussi bien de voies de réformation que de voies de rétractation.

225. — A. *L'épuisement des voies de réformation.* — Lorsque l'appel du jugement en cause est possible, le recours en cassation est irre-

cevable (226). Il en est de même si la partie négligente a laissé expirer les délais sans former son appel (227). Cette expiration ne rend pas possible le recours en cassation. Le jugement étant, de ce fait, passé en force de chose jugée, il n'est plus susceptible d'aucun recours.

Ainsi, le Conseil d'Etat a déclaré irrecevable le pourvoi en cassation contre une décision du Conseil départemental de l'Instruction publique, l'appel étant possible devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique. Comme l'a déclaré justement le commissaire du gouvernement Levasseur de Précourt (228). « si cette juridiction ne statue pas en dernier ressort, *le Conseil d'Etat qui remplit le rôle de Cour de cassation administrative ne peut pas plus statuer sur ses décisions, si elles n'ont pas été déférées à la juridiction d'appel, que la Cour de cassation ne pourrait prononcer sur le jugement d'un tribunal non déféré à la Cour d'appel* ».

226. — B. *L'épuisement des voies de rétractation.* — Dans les cas où elle est maintenue, l'opposition fait obstacle au recours en cassation. Les décisions par défaut ne sont donc susceptibles de pourvoi en cassation qu'après l'expiration des délais d'opposition (229). En cette matière, à la différence de l'appel, l'expiration des délais n'interdit pas le recours en cassation. Elle n'a pas pour effet de donner une force définitive au jugement. Elle le porte pratiquement au rang des jugements contradictoires.

Le Conseil d'Etat a récemment réaffirmé ces principes dans une décision de section, Desseaux du 12 octobre 1956 (230). Il a décidé dans cette espèce qu'au nombre des règles générales de procédure figure « celle selon laquelle le recours en cassation n'est recevable que contre une décision définitive à l'égard de laquelle aucune autre voie de recours et, notamment, celle de l'opposition, ne reste ouverte... qu'il s'ensuit que les personnes à l'égard desquelles la commission de contrôle des banques a statué par défaut ne sont recevables à contester par la voie du recours en cassation la décision les concernant qu'après l'expiration du délai d'opposition ».

Un problème plus délicat est posé par l'existence de la requête

(226) Civ., 3 février 1913, S. 1913.I.258 ; Civ., 22 juillet 1913, S. 1914.I.262 ; Req., 23 novembre 1925, S. 1925.I.299 ; 3 août 1883, Raveneau c. ville de Rennes, Rec. 724, conclusions Levavasseur de Précourt, S. 1885.III.48 mêmes conclusions ; 27 décembre 1918, dame Bertrand, Rec. 1178 ; 27 janvier 1925 Derulle, Rec. 82 ; 31 octobre 1947, Pourcelet, Rec. 397 ; 15 juillet 1954, Montagne, Rec. 484.

(227) Civ., 19 avril 1853, D.P. 1854.V.29 ; Civ., 13 mai 1896, D.P. 1896.I.421 ; Civ., 13 janvier 1902, D.P. 1903.I.63.

(228) 3 août 1883. Raveneau, précité.

(229) Civ., 16 avril 1894, S. 1898.I.493 ; Civ., 24 juin 1913, S. 1914.I.157, v. cependant Civ., 22 juillet 1957, D. 1957.I.595 ; 16 février 1947, Vailly, Rec. 654.

(230) Section, 12 octobre 1956, Desseaux, Rec. 364, D. 1956.J.755, note Drago, R.D.P. 1957, p. 114, conclusions Laurent.

civile en procédure civile (231). Existe-t-elle dans la procédure administrative contentieuse? Paralyse-t-elle le recours en cassation? C'est à répondre à ces questions qu'il nous faut à présent nous attacher.

C. *De la requête civile, de son éventuelle transposition dans le contentieux administratif et de son concours avec le recours en cassation.*

227. — a) *L'existence et le rôle de la requête civile en procédure civile* (232). — En principe, le pourvoi en cassation est destiné à réparer des erreurs volontaires de droit. La requête civile est, au contraire, une voie de recours extraordinaire ouverte aux parties contre les jugements ou arrêts rendus en dernier ressort, en vue de les faire rétracter, dans certains cas exceptionnels où des erreurs ou irrégularités *involontaires* des juges sont relevées contre ces arrêts ou ces jugements (233).

La requête civile reste marquée dans notre droit par l'extrême difficulté de la distinguer du pourvoi en cassation. Le législateur a, d'autre part, cru bon d'entourer son exercice de barrières difficilement franchissables : en ce sens, la requête civile n'est pas seulement une voie de recours *extraordinaire*, mais surtout, une voie de recours qui doit rester *exceptionnelle*.

1. — *La difficile distinction de la requête civile et du pourvoi en cassation.* — Comme l'ont noté la plupart des auteurs (234), et surtout, comme cela ressort clairement de la jurisprudence, il existe, bien que le Code de procédure civile n'ait pas opéré cette distinction, deux séries d'ouvertures de la requête civile.

(231) La plupart des auteurs indiquent également (Peiser, Thèse citée, p. 253) que l'existence de la tierce opposition est également exclusive du recours en cassation. Il ne s'agit pas là, à notre avis, d'une application de la règle selon laquelle le recours en cassation exige une décision rendue en dernier ressort et définitive. Le règle qui précise que seules les parties sont recevables à former un pourvoi en cassation aussi bien qu'un appel en est la seule justification. Les personnes recevables à agir par la voie de la tierce opposition sont des personnes étrangères à l'instance qui a abouti au jugement objet du pourvoi. Elles sont donc irrecevables à agir par la voie du recours en cassation. Aussi, le Conseil d'Etat, tout comme la Cour de cassation, décide-t-il (24 juin 1949. Société anonyme des entreprises Aichinger, Rec. 305) que s'il est loisible à une personne « de former contre ladite décision une tierce opposition en vue de faire juger à nouveau par la juridiction compétente l'appel... elle n'est pas recevable, *alors qu'elle n'a pas été partie à l'instance dans laquelle a été rendue la décision attaquée...* à déférer celle-ci au Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation ».

(232) Plassard, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Thèse, Paris ; Boyer, «Réflexions sur la requête civile », Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 55.

(233) Glasson, Tissier et Morel, t. III, p. 409.

(234) V. par ex. Glasson, Tissier et Morel, t. III, p. 411 ; Morel, « Traité *élémentaire de procédure civile*, 2e édition, Sirey 1949, p. 502 ; Cornu et Foyer, *Procédure civile*, Thémis, p. 480.

La première ne pose pas de vrais problèmes, quant à sa distinction avec le recours en cassation. Il s'agit de cas où il y a eu mal jugé à raison d'une erreur du juge ayant son origine dans le fait de l'une des parties : dol personnel, jugement sur pièces reconnues fausses, rétention de pièces décisives, défense incomplète des incapables. C'est sans inquiétude que la jurisprudence interprète de façon extensive ces différents cas d'ouverture et notamment celui tiré du dol (235). En effet, « *la requête civile constitue bien ici une instance en révision des jugements civils pour erreur de fait : elle se distingue nettement du pourvoi en cassation* » (236).

La confusion naît au moment où la requête civile prétend s'immiscer dans un domaine qui devrait être réservé au seul recours en cassation. Un certain nombre de cas d'ouverture de la requête visent en effet des vices de forme : violation des formes prescrites à peine de nullité, omission de statuer, prononcé *ultra ou extra petita*, contrariété de jugements. Or, dans plusieurs de ces espèces, le recours en cassation se trouve également ouvert. Cette interférence s'explique *historiquement*. L'ordonnance de 1667 est la cause première de cette confusion. A l'époque, les causes d'ouverture du recours en cassation n'étaient pas clairement établies. Mais, lorsque le Code de procédure civile a été élaboré, ses auteurs se sont bornés à imiter servilement les dispositions de l'ordonnance sans tenir compte de ce que le pourvoi en cassation avait évolué depuis 1667. Aussi à l'heure actuelle, les dispositions du Code de procédure civile sont-elles très contestées.

On a proposé, en effet, de limiter la requête civile aux cas d'erreur involontaire du juge (237). L'erreur volontaire serait, elle, corrigée par le moyen du pourvoi en cassation. Outre la difficulté de distinguer erreur involontaire et erreur volontaire, la distinction proposée ne correspondrait pas à l'état actuel de la jurisprudence concernant ce pourvoi. Il n'est pas exact que seule l'erreur volontaire du juge soit cause de cassation. L'inobservation des règles de forme, que le juge ne doit pas violer, *même si son attention n'a pas été attirée sur ce point* (238), est également un cas d'ouverture du pourvoi en cassation.

La seule originalité de la requête civile tiendrait à son application dans un domaine délimité : la sanction des erreurs de fait. Il faudrait à cette fin réformer le Code de procédure civile. Le remplacement de la requête civile par la révision destinée à sanctionner toutes les erreurs de fait serait au plus haut point désirable (239). Pour qu'une telle

(235) HÉBRAUD, *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, Dalloz, V° Requête civile, n°s 15 et suiv. V. par ex. Civ., 15 juin 1956, J.C.P. 1956, éd. Av., IV.2801, obs. Madray, Rev. trim. 1956, p. 784, obs. Raynaud.

(236) GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, p. 411.

(237) PLASSARD, Thèse citée, p. 301.

(238) GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, p. 413 ; HÉBRAUD, *Encyclopédie procédure civile et commerciale*, V° Requête civile, n° 87.

(239) La commission de réforme du Code de procédure civile s'est prononcée dans ce sens.

modification du droit actuel soit possible, il faudrait également simplifier la procédure de la requête civile.

2. — *La procédure particulière de la requête civile.* — C'est en effet par une complication exagérée de la procédure de la requête civile que le législateur a cru éviter son admission trop fréquente. Consignation d'une amende. Consultation favorable de trois avocats. Autorisation d'assigner délivrée par le président du tribunal. Division de la procédure en deux phases : rescindant qui a pour but de rechercher si on se trouve dans un des cas où la loi autorise cette voie de recours, rescisoire qui a pour objet de remplacer le jugement rendu par un autre. Voilà les traits essentiels d'un fourmillement de règles de procédure particulières.

Il ne faut certes pas favoriser la multiplication des instances en rétractation. Il n'en demeure par moins que la procédure actuelle de la requête civile est surannée et inutilement formaliste. Le remplacement de la requête civile par la révision devrait s'accompagner d'une simplification de la procédure (240).

228. — b) *Requête civile, révision et rectification d'erreur matérielle dans le contentieux administratif.* — Le Conseil d'Etat s'est refusé à admettre la transposition dans la procédure contentieuse administrative des dispositions du Code de procédure civile concernant la requête civile par un arrêt d'assemblée, dame veuve Sticotti du 4 mars 1955 (241). L'espèce ne concernait strictement que les juridictions des pensions. Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il précisé, « qu'aucun texte législatif n'a étendu aux juridictions de pensions les articles 480 à 504 du Code de procédure civile relatifs à la requête civile ». Mais, la portée de la solution est beaucoup plus large : elle s'étend à l'ensemble des juridictions administratives. La Haute Assemblée a en effet remarqué « que l'application de ces dispositions serait incompatible avec le caractère administratif de ces juridictions ». Les conclusions du commissaire du gouvernement Jacomet expliquent cette affirmation. M. Jacomet a, en effet, montré que certaines des ouvertures de la requête civile (omission de statuer, *ultra petita* ou *extra petita*) étaient également des ouvertures au recours en cassation. « Il y aurait par conséquent, sur ces deux points, si la requête civile était admise, cumul de deux voies de recours, l'une devant le juge du fond, l'autre devant le juge de cassation. Le trouble qui pourrait résulter de cette coexistence nous paraît suffisant pour s'opposer à l'application, devant la juridiction administrative, des articles 480 et suivants du Code de procédure civile. »

(240) La commission de réforme du Code de procédure civile a conclu au remplacement de la procédure existante par celle de droit commun. MM. Glasson, Tissier et Morel proposaient déjà en 1929 (Traité précité, t. III, p. 440) la suppression de la distinction du rescisoire et du rescindant.

(241) Assemblée, dame veuve Sticotti, 4 mars 1955, Rec. 131, R.D.P. 1955, p. 733, conclusions Jacomet.

La jurisprudence administrative, malgré cette récente revendication d'autonomie a pendant longtemps fait application de textes du Code de procédure civile relatifs à la requête civile. Ainsi, le Conseil d'Etat affirme-t-il le 21 janvier 1858 (242) « qu'il résulte des articles 32 et 33 du décret réglementaire du 22 juillet 1806 et de *l'article* 488 *du Code de procédure civile* que *le recours en requête civile* fondé sur la découverte de pièces nouvelles doit être formé dans les trois mois à partir du jour où les pièces ont été découvertes ».

De telles décisions ne se retrouvent plus depuis 1890. Il n'en demeure pas moins qu'il existe dans le contentieux administratif deux recours : le recours en révision (243) et le recours en rectification d'erreur matérielle qui restent très proches de la requête civile. Le droit administratif a depuis longtemps aménagé le principe de l'immutabilité des décisions contradictoires. Le législateur et la jurisprudence se sont rendus compte qu'il n'était pas possible de le maintenir dans l'absolu de sa formulation sans commettre de graves iniquités. Si le recours en révision est resté, en raison de son origine législative, extrêmement délimité, la rectification d'erreur matérielle, née d'une initiative jurisprudentielle, connaît un très grand développement.

229. — 1. *Le recours en révision et ses limites.* — Prévu devant le Conseil d'Etat par le décret du 22 juillet 1806 (244), organisé par la loi du 24 mai 1872 (245), sa réglementation actuelle se trouve dans l'ordonnance du 31 juillet 1945 (246). Le Conseil d'Etat n'a pas cru possible de s'écarter de ces dispositions. Voie de rétractation ouverte aux parties à l'instance contre un jugement contradictoire pour des causes déterminées, il a été maintenu dans une double limite.

D'une part, la Haute Assemblée proclame que le recours en révision n'existe devant une juridiction que si un texte exprès en prévoit la possibilité (247). Cette voie de recours, dont Laferrière disait qu'elle « correspond à la procédure exceptionnelle connue devant les tribunaux judiciaires sous le nom de requête civile », n'a pas été érigée au rang de règle générale de procédure applicable même sans texte.

D'autre part, seuls les cas de révision énumérés par les textes ont été jugés susceptibles de justifier l'admission d'un recours en révi-

(242) 21 janvier 1858, Promotton et Arnould, D.P. 1858.III.53 ; v. également 4 août 1876, Gaguelat, D.P. 1876.III.99. Le Conseil d'Etat limitait cette ouverture aux cas prévus par les textes, 28 mai 1867, Elections d'Ainay le Château, D. 1868.III. 89.

(243) André-Vincent P., « Le recours en révision contre les arrêts du Conseil d'Etat », R.D.P. 1938, p. 423.

(244) Articles 32 à 36.

(245) Article 23.

(246) Articles 75 à 77.

(247) 20 octobre 1954, Bougeard, Rec. 544 : irrecevabilité du pourvoi en révision devant la commission nationale des accidents du travail.

sion (248). Trois cas de revision sont en effet prévus par l'ordonnance du 31 juillet 1945 devant le Conseil d'Etat et la jurisprudence ne s'en écarte pas.

230. — La révision est tout d'abord recevable si le jugement contradictoire a été rendu *sur pièce fausse*. Pour que la rétractation puisse être prononcée dans ce cas, il faut que la décision soit fondée sur des titres faux, elle doit être repoussée s'il existe d'autres éléments suffisants pour justifier la solution donnée (249). Il en est ainsi lorsque le faux n'a eu aucune influence, par exemple lorsqu'il consiste à avoir formé un pourvoi au nom d'un individu décédé, au lieu de le former au nom de son héritier (250).

Cette ouverture de la révision s'apparente à une ouverture de la requête civile. L'article 480 § 9 du Code de procédure civile prévoit, en effet, qu'on peut se pourvoir par la requête civile « si l'on a jugé sur pièces reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement » (251). La jurisprudence civile exige, comme le Conseil d'Etat, que les pièces fausses aient motivé le jugement. Elle maintient cependant, se fondant sur le texte de la loi, une exigence inutilement formaliste. Il faut en effet que les pièces aient été reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement rendu et avant l'introduction de la requête civile.

231. — La révision est également admissible *si la partie a été condamnée faute de représenter une pièce décisive qui était retenue par son adversaire*. La jurisprudence administrative entend la notion de pièce décisive dans un sens très restrictif. Il doit s'agir d'une pièce qui eut été de nature à modifier le sens du dispositif du jugement intervenu (252). La notion de rétention d'une pièce par l'adversaire est difficile à préciser. Un point reste cependant acquis de manière certaine. Il n'est pas nécessaire que la partie ait retenu la pièce dans l'intention de nuire. Le juge administratif a en effet estimé que la preuve de cette intention est particulièrement difficile, vu la personnalité de la partie qui retient les pièces dans la plupart des cas : l'administration. Celle-ci « dispose du priviège d'être, dans la généralité des cas, défenderesse et la puissance de ses organismes, les moyens dont elle dispose, justifient une protection particulière du particulier qui plaide

(248) 23 décembre 1815, Vagneau-Duplessis, Rec., t. I, 625 ; 28 mai 1857, Elections d'Ainay-le-Château. D.P. 1868.III.89 ; 25 janvier 1934, Gabanon, Rec. 126.

(249) 11 janvier 1808, Combes et Compagnie. Rec., t. I, 110 ; 27 juillet 1894, Connard, D.P. 1895.III.70.

(250) 30 décembre 1822, Corsaire le Brave c. Bacry, Rec., t. III, 305. V. également 7 avril 1922, Loque, Rec. 359 ; 23 juillet 1937, Roque, Rec. 777.

(251) Req., 6 juillet 1910, D. 1913.V.28 ; Amiens, 28 juillet 1947, S. 1948.II.21, note Solus.

(252) 22 août 1853, Schweighauser, Rec. 863; 27 juillet 1894, Connard, Rec. 519; 21 novembre 1930, dame Benoît, 16 janvier 1931, Lanoé, S. 1931.III.33, note P.L. ; 20 mars 1953, Fillette, Rec. 146 ; 27 février 1957, Marché, Rec. 130 ; 25 juin 1958, Société des automobiles M. Berliet, Rec. 386, conclusions A. Bernard.

contre elle (253). » Le seul fait de la rétention doit donc être retenu. Mais le défaut de production de la pièce n'est susceptible d'ouvrir la révision que dans la mesure où la responsabilité en incombe à la partie adverse de l'auteur du recours. Au contraire, si la partie, qui se prévaut de la révision, connaissait l'existence de la pièce, avant la décision du Conseil d'Etat, et n'en a pas demandé la communication au cours de l'instance principale, elle est irrecevable à agir (254).

Le problème le plus difficile posé par la rétention a trait à l'obligation qui pèse sur l'administration de communiquer une pièce ou de la verser au pourvoi. A l'égard de quelles pièces une telle obligation existe-t-elle et en conséquence, dans quels cas la révision sera-t-elle recevable ? A propos de cette question, tout le problème de l'instruction d'une instance se trouve posé. Il suffira d'indiquer ici la solution apportée par la jurisprudence, réservant l'étude de ce problème pour notre deuxième partie (255). L'administration doit mettre le juge à même de statuer en pleine connaissance de cause sur les instances dont il est saisi. Le commissaire du gouvernement, Antoine Bernard, a donné un aperçu aussi précis qu'il se peut de l'étendue de l'obligation de communiquer (256) : elle « s'étend à la production de toutes les pièces en la possession de l'administration, qui sont nécessaires au jugement de l'affaire, c'est-à-dire, qui sont indispensables pour permettre de prendre parti sur les points de droit ou de fait soulevés par la requête ». M. A. Bernard a également remarqué l'interférence de cette matière et de celle de l'instruction : « Il y a nécessairement lieu dans chaque cas à une appréciation, à laquelle d'ailleurs vos organes d'instruction se livrent constamment au stade de l'instruction des pourvois, qu'il vous appartient d'opérer souverainement par voie juridictionnelle lorsque vous êtes saisis d'une demande de revision. »

La dernière condition d'admission de ce cas de révision nécessite une relation de cause à effet entre la rétention et la condamnation de la partie. La première doit avoir entraîné inéluctablement la seconde (257). Le législateur, considérant la gravité de cette voie de rétractation, n'a pas voulu qu'elle puisse être formée par une partie qui disposait d'un autre moyen pour obtenir satisfaction.

Il existe *dans la procédure civile*, un cas d'ouverture de la requête civile très voisin du type de révision étudié. L'article 480 § 10 du Code de procédure civile ouvre en effet la requête « si depuis le jugement il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le

(253) Note P.L. sur 21 janvier 1931, Lanoé précité.

(254) 4 mai 1835, Michelet, Rec., t. VI, 111 ; 27 juillet 1894, Connard, D.P. 1895.III.70 ; 23 février 1949, Bertereau, Rec. 90 ; 25 juin 1958, Société des automobiles M. Berliet précité.

(255) Deuxième Partie, titre II, section II.

(256) Conclusions sur 25 juin 1958, Société des automobiles M. Berliet, précité.

(257) Req., 6 juillet 1875, D.P. 1877.I.297 ; Civ., 29 janvier 1913, D.P. 1915.I.56.

fait de la partie ». L'interprétation de ce texte par la jurisprudence va dans l'ensemble dans le même sens que les solutions retenues dans le contentieux administratif. Ainsi, la Cour de cassation exige que la pièce retenue soit décisive. La pièce a un tel caractère lorsqu'elle peut amener une décision différente de celle qui a été rendue. Deux solutions illustrent cependant *l'originalité* du contentieux administratif.

En procédure civile, la preuve du dol de la partie adverse est exigée (258). Nous avons montré qu'en droit administratif, la solution inverse était retenue, cette preuve étant particulièrement difficile à rapporter contre l'administration. Ce qui convient à la procédure civile produirait donc ici des résultats fâcheux dans le contentieux administratif.

De même, en procédure civile, l'admission de la requête civile est subordonnée à la condition que la pièce ait été recouvrée depuis le jugement. Elle doit se trouver dans les mains de la partie qui forme la requête. « Il ne lui suffirait pas d'alléguer qu'elles sont en la possession de l'adversaire (259). » Une telle exigence atteindrait les intérêts des particuliers dans le contentieux administratif. Nous verrons en effet que dans cette matière, seuls les pouvoirs d'instruction du juge permettent d'obtenir la communication d'une pièce de l'administration, le tribunal tirant du refus de communication une conséquence défavorable à la thèse de celle-ci (260).

232. — Enfin, un troisième cas de révision est ouvert devant le Conseil d'Etat. Il permet d'obtenir la rétractation du jugement si la procédure suivie est entachée de vices importants : composition irrégulière de l'organe de jugement, publicité des séances de jugement omise, impossibilité pour les parties de présenter des observations orales, défaut de conclusions du commissaire du gouvernement, absence de mentions essentielles sur le jugement (261).

En procédure civile, un cas de requête civile sanctionne certains vices de forme. Il est, dans cette matière, générateur de difficultés, car il est difficile de le distinguer de certains cas d'ouverture du recours en cassation. La révision, dans les limites qu'elle connaît actuellement ne pose pas ce problème. Accordée uniquement contre les décisions d'une juridiction de dernier ressort, qui est à la fois juridiction de cassation, le Conseil d'Etat, elle ne peut être exercée que contre des jugements à l'égard desquels le recours en cassation n'est plus ou n'est pas possible.

L'organisation particulière de la juridiction administrative annihile

(258) Glasson, Tissier et Morel, précités, t. III, p. 420; Hébraud, *Encyclopédie* civile et commerciale, V° Procéd. civile n° 42.

(259) Glasson, Tissier et Morel, précités, t. III, p. 421.

(260) Pour une application récente de cette jurisprudence, v. Le jugement du Tribunal administratif de Paris rapporté dans *Le Monde*, 19 novembre 1959.

(261) V. par exemple, pour la publicité des audiences, 12 mai 1911, Thiébaud, D.P. 1913.III.91.

donc les dangers du concours entre révision et recours en cassation. Des particularités de procédure limitent, d'autre part, l'exercice de la révision. Ce recours doit toujours être présenté par ministère d'avocat même si la décision attaquée est intervenue sur un pourvoi pour la présentation duquel ce ministère n'est pas obligatoire (262). Les avocats qui formeraient un recours en révision en dehors des cas prévus par la loi ou un deuxième recours en révision contre une décision contradictoire sont passibles d'une amende. La défense de présenter un second recours est absolue. Elle s'applique même au cas où le second recours serait fondé sur la rétention de pièces décisives (263).

233. — Toutes ces limites donnent au recours en révision un caractère exceptionnel. Les conséquences de sa recevabilité sont en effet aussi importantes que celles de la requête civile. Il n'y a pas de distinction, comme en procédure civile, entre rescindant et rescisoire. Le recours en révision, tout comme la requête civile, s'il est jugé admissible, aboutit au remplacement du premier jugement par une autre décision. Certes, affirmera-t-on, ceci n'a rien d'original, l'instance en cassation se termine également dans certains cas par l'élaboration d'un nouveau jugement. Mais le recours en révision est caractérisé par l'introduction d'un élément nouveau au procès initial (264). C'est là la force, la raison d'être du recours en révision, en même temps que son danger.

234. — 2. *Le recours en rectification d'erreur matérielle et son extension.* — Les limites qui enserrent le recours en révision ont amené la jurisprudence administrative à étendre une autre voie de rétractation, le recours en rectification d'erreur matérielle. Le premier recours ne pouvait, à la fois parce qu'il n'était possible que devant le Conseil d'Etat et parce que ses cas d'admission étaient strictement réglementés, rivaliser, dans son extension, avec la requête civile. La rectification d'erreur matérielle est née et s'est développée à la suite d'initiatives jurisprudentielles.

A l'origine, le recours en rectification n'est qu'un moyen de redresser les termes d'un jugement qui n'exprime pas ce qu'a voulu le juge. Elle sanctionne les seules « erreurs de plume ». Le juge l'admet pour corriger une erreur dans l'évaluation des dépens (265), des intérêts (266) ou encore, d'une condamnation à des dommages-inté-

(262) V. par ex. 3 juin 1910, Caubel, Rec. 440 ; 4 août 1928, dame Anton, Rec. 1065 ; 27 février 1930, Trémège, Rec. 225 ; 4 décembre 1953, Glon, Rec. 530 (Cf. ordonnance du 31 juillet 1945, art. 76, § 2).

(263) 17 janvier 1834, Latrube, Rec., t. V, 450.

(264) André-Vincent P., « Le recours en révision contre les décisions du Conseil d'Etat », R.D.P. 1938, p. 423.

(265) 23 décembre 1815, Ville de Rouen, Rec., 613 ; 31 août 1828, Hervé, Rec. 369 ; 9 mai 1873, Baussan, S. 1875.II.124.

(266) 29 juin 1869, Villain-Maisnel, Rec. 650.

rêts (267). A ce premier stade, « on ne peut admettre que soit remise en cause, en fait ou en droit, la première décision (268) ».

Cette espèce de rectification est également admise par les tribunaux judiciaires. Ceux-ci posent en principe que « lorsque des erreurs matérielles se rencontrent dans une décision de justice, elles peuvent être rectifiées à l'aide d'éléments fournis par cette décision même (269) » et elles ne donnent pas, en conséquence, ouverture à cassation.

A ce premier stade de son évolution, le recours en rectification d'erreur matérielle méritait bien son nom. Mais, peu à peu, la jurisprudence, par une compréhension de plus en plus large de la notion d'erreur matérielle, a fait éclater les cadres qui l'enserraient. Ce recours est alors devenu un *substitut de la révision.* L'insuffisance des cas de révision a amené l'extension du recours en révision. Elle a aussi, d'une certaine manière, rendu plus difficile l'exercice du prétendu recours en rectification.

235. — *Le développement du recours en rectification d'erreur matérielle s'est fait en l'absence de tout texte.* — La jurisprudence administrative a tout d'abord admis qu'il constitue une règle générale de procédure, c'est-à-dire, qu'il existe devant toutes les juridictions de l'ordre administratif (270).

D'autre part, dès le 21 novembre 1930, la notion d'erreur matérielle se modifie. A partir de ce jour, le Conseil d'Etat admet que le recours puisse viser une erreur relative à la matérialité des faits constatés par le juge. En conséquence, la rectification peut toucher le fond même du jugement, « c'est-à-dire, l'intention du juge et non plus seulement l'expression de sa pensée » (271). Par un arrêt, dame veuve Benoît, du 21 novembre 1930, le Conseil d'Etat décide en effet que le fait qu'un mémoire ampliatif ait été perdu par les services administratifs et ne figure pas en conséquence dans le dossier, constitue une erreur matérielle. Il admet par là même que l'erreur matérielle n'est pas seulement celle qui n'a aucune influence sur le jugement mais aussi celle qui en fausse ou dénature le dispositif. Ce cas devient de plus en plus assimilable dans sa conception au recours en révision. Dans ce dernier recours, comme nous l'avons vu, le fait d'une partie peut amener la révision. Ici, le seul fait du juge est pris en considération. Mais les deux notions, sans certes se rejoindre, restent très proches. La procédure administrative est « dirigée par le juge. Il est naturel d'imputer à celui-ci non seulement les erreurs qui lui sont propres mais

(267) 23 janvier 1918, Ministre des travaux publics c. Mohin, Rec. 58.

(268) Conclusions Josse (P.L.) sur 21 novembre 1930, dame Veuve Benoît, S. 1931.3.36.

(269) Civ., 15 juillet 1909 en sous-note, S. 1910.I.180. V. également Civ., 9 juillet 1884, S. 1886.I.103 ; Civ., 7 novembre 1904, S. 1906.I.284.

(270) 6 février 1931, Société des automobiles Berliet, Rec. 140 ; Assemblée, 4 mars 1955, dame Veuve Sticotti, Rec. 131.

(271) *Conclusions Poussière,* Section, 6 juillet 1956, sieur X., A.J. 56.II.318.

aussi celles que lui font commettre les divers services qui sont sous sa direction et participent à l'instruction des affaires » (272).

Peu à peu, cette deuxième compréhension de l'erreur matérielle prend le pas sur la première. L'intervention de l'article 78 de l'Ordonnance de 1945, en affirmant que l'erreur invoquée doit être susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire, va donner au Conseil d'Etat l'occasion de la laisser triompher, en éliminant la notion primitive d'erreur matérielle. Pourtant, l'Ordonnance de 1945 ne faisait que consacrer une jurisprudence constante du Conseil d'Etat. Celui-ci rejetait, en effet, les recours tendant à la rectification d'erreurs manifestement dépourvues de toute influence sur la solution de l'affaire (273). Mais il admettait, par contre, comme l'a justement fait remarquer M. le Conseiller d'Etat Odent (274), la rectification d'une erreur n'affectant que les motifs d'une décision du Conseil d'Etat. Après 1945, il va modifier cette solution. Il n'admet le recours « qu'autant que l'erreur invoquée serait de nature, si elle était reconnue, à entraîner la modification du dispositif de la décision attaquée » (275).

Le Conseil d'Etat est revenu sur cette interprétation trop stricte par une décision de section du 6 juillet 1956 (276). Le dispositif n'a pas seul l'autorité de la chose jugée. Certains motifs déterminants possèdent également cette autorité. Aussi, la Haute Assemblée admet-elle que si le requérant invoque une erreur déterminante, bien qu'elle conduise à substituer au précédent rejet de la demande un nouveau rejet, le recours sera recevable, dans la mesure où il tend à la rectification des motifs de la première décision. Le jugement dont il est question dans l'ordonnance de 1945, ce n'est pas seulement le dispositif mais aussi ceux des motifs qui en sont le support inséparable et qui forment avec lui le corps de la décision (277).

236. — *L'extension de la notion d'erreur matérielle a*, en même temps, *limité les conditions d'exercice du recours.* — Lorsque le recours était limité aux seules « erreurs de plume », le problème de sa con-

(272) Conclusions Jacomet sur dame Veuve Sticotti, 4 mars 1955. R.D.P. 1955. p. 733.

(273) 11 mai 1932, Lambert, Rec. 479 ; 26 mai 1937, Pham-van-Tam, Rec. 529.

(274) Odent R., *Contentieux administratif*, 1957-1958, t. II, p. 578.

(275) 22 novembre 1946, Lavialle d'Anglards, Rec. 287. Comme l'a remarqué le commissaire du gouvernement Poussière (conclusions sur Section, 6 juillet 1956 précité) : « Aussi, en prévoyant la modification du dispositif là où la loi ne parle que du jugement de l'affaire, avez-vous entendu exprimer une exigence accrue par rapport à l'ancienne jurisprudence. »

(276) Section, 6 juillet 1956, X.. A.J. 1956.II.318, conclusions Poussière.

(277) Section, 22 mars 1957, Ministre des travaux publics c. Clausi. Rec. 198. La Table du recueil Lebon mentionne encore et cela à tort, vu le revirement de jurisprudence, erreur sans influence sur le dispositif. V. la Table 1957, Rec. 1006, à propos d'une décision Casanova du 22 février 1957 (Rec. 124) alors que cette décision est conforme à la nouvelle jurisprudence « l'erreur de date ainsi commise ne serait pas de nature à infirmer la valeur du *motif* retenu par le Conseil d'Etat... ».

currence avec le pourvoi en cassation ne se posait pas. Dès qu'il s'évade de ce champ d'application, cette question s'éveille. Elle sera aussitôt résolue par le Conseil d'Etat d'une façon dont on devrait s'inspirer en procédure civile, pour résoudre le dilemme requête civile ou cassation.

Le recours en rectification d'erreur matérielle n'est recevable que dans la mesure où il ne fait pas double emploi avec le recours en cassation « c'est-à-dire dans la mesure où l'erreur ne pourra en réalité être reprochée au juge du fond eu égard aux éléments d'information dont il disposait lorsqu'il a rendu sa décision » (278). « Le recours ne saurait être admis devant une juridiction soumise au contrôle de cassation lorsque l'erreur dont la rectification est sollicitée consiste en une erreur du juge lui-même, ou de façon générale, en une erreur qui peut être utilement invoquée au soutien d'un pourvoi en cassation (279). » Ainsi, dans une affaire dont a eu à connaître, la Commission centrale d'assistance (280), cette juridiction s'était fondée pour rejeter la demande d'allocation temporaire aux vieux par le motif que la requérante vivait avec son gendre et sa fille lesquels exploitaient cinquante hectares. Cette précision figurait dans l'avis du préfet joint au dossier. Or, après notification du jugement, l'administration départementale s'aperçut que les cinquante hectares étaient le résultat d'une erreur de dactylographie. Si la requérante avait formé un recours en cassation, le Conseil d'Etat n'aurait pu que constater que le juge du fond avait justement statué eu égard aux pièces dont il avait connaissance. Seul le recours en rectification d'erreur matérielle permettait de revenir sur la solution donnée.

La conception actuelle du recours en rectification d'erreur matérielle conduit à le considérer comme une voie de recours exceptionnelle et extraordinaire. Exceptionnelle, elle l'est parce qu'elle n'existe que lorsque le recours en cassation n'est pas possible. Elle est également extraordinaire, au sens juridique de ce terme, parce qu'elle n'est possible que contre les décisions rendues en dernier ressort (281). Comme l'affirme la Haute Assemblée « la voie de recours exceptionnelle ainsi utilisée par le requérant n'est ouverte, en l'absence de texte, que devant les juridictions qui statuent en dernier ressort, qu'aucune disposition n'autorise les conseils de préfecture à rectifier les erreurs matérielles dont seraient entachés leurs arrêtés contradictoires, lesquels sont seulement susceptibles d'être déférés par la voie de l'appel au Conseil d'Etat... (282) ».

(278) Conclusions Jacomet sur dame Veuve Sticotti précitée.

(279) Note Letourneur sur Commission centrale d'assistance, 11 janvier 1951, S. 1951.III.101.

(280) V. note précédente.

(281) Assemblée, 7 avril 1933, Caby, S. 1934.III.113.

(282) Section, 2 novembre 1957, Creytat, Rec. 573. Dans un tel cas, le Conseil d'Etat évoque : « Considérant, toutefois qu'il y a lieu, pour le Conseil d'Etat saisi de l'appel du sieur Creytat contre ledit arrêté du Conseil de préfecture qui a rejeté sa réclamation, de statuer sur le bien-fondé de ladite réclamation. »

Le Conseil d'Etat a ainsi aligné sur un trait supplémentaire la rectification d'erreur matérielle et la requête civile. Celle-ci n'est en effet recevable que contre les décisions en dernier ressort (283). La ressemblance des deux recours est aussi marquée en ce qui concerne les conséquences de leur admission. Lorsque la rectification était limitée aux simples erreurs de plume, l'opération effectuée par le juge saisi du recours en rectification était automatique : il se bornait à rectifier, il ne refaisait pas la sentence. Avec le développement actuel de cette notion d'erreur matérielle, le juge est bien souvent amené, comme celui saisi d'une requête civile, à remplacer le premier jugement par une nouvelle décision. Autrefois, la rectification était aussi matérielle que l'erreur. Elle est devenue à présent une opération d'intelligence. Ainsi, en cas d'omision de statuer sur un chef de la demande, le Conseil d'Etat admet-il la prétendue rectification : il statue sur le chef qui a été omis et modifie en conséquence le jugement (284).

Prétendre qu'il s'agit là d'une rectification n'est qu'un simple artifice. Il s'agit d'une révision qui a été accommodée de manière à ce qu'elle ne fasse pas concurrence au recours en cassation. En cela, l'inspiration jurisprudentielle du droit administratif a permis de donner des solutions plus équitables que celles retenues par la procédure civile.

***

237. — Le caractère de recours extraordinaire du pourvoi en cassation en même temps que son existence de principe ont été également retrouvés dans les deux jurisprudences. Il s'agit là de la dernière garantie dont disposent les parties dans le déroulement de l'instance. Elle n'en est pas moins aménagée avec rigueur par les deux Ordres de juridictions. Les garanties accordées aux parties dans le déroulement de l'instance sont motivées de la même manière par les deux jurisprudences. On n'est pas étonné d'avoir retrouvé les mêmes règles applicables sous ces dénominations parfois diverses. L'exemple de la requête civile est particulièrement frappant. On se tromperait si l'on n'examinait que les arrêts refusant de la transposer dans le contentieux administratif. Nous avons vu en effet que recours en révision et en rectification d'erreur matérielle ne sont que des requêtes civiles améliorées.

(283) Article 480 C. pr. civ., 21 novembre 1930, D.H. 1930.285 ; Civ., 27 novembre 1952, D. 1953.J.91.

(284) 26 octobre 1951, Duchoral, Rec. 504, v. également 19 février 1947, Derbez, Rec. 64, D. 1950.J.615, note de Soto.

## CHAPITRE II

### *L'arrêt du déroulement de l'instance par les personnes en cause est possible.*

238. — L'instance est un rapport juridique créé par les parties. Celles-ci doivent donc pouvoir l'arrêter quand bon leur semble. Il peut, en effet, arriver que leur intérêt immédiat, qui avait besoin de l'instance juridictionnelle pour être satisfait, exige une renonciation à l'instance en cours. Soit parce que cette renonciation est la compensation d'un abandon partiel de la prétention de la partie adverse. Soit encore, parce que la personne en cause s'aperçoit que l'instance en cours n'est pas à même de lui apporter la satisfaction recherchée. Il faut donc permettre un arrêt du déroulement de l'instance.

Mais, par le seul fait qu'un rapport juridique se trouve traduit en justice, les parties à ce rapport bénéficient, comme nous l'avons montré, d'un certain nombre de garanties. Parmi celles-ci figure indiscutablement le principe selon lequel le rapport litigieux doit être résolu par le juge impartial et non par les parties. On comprend alors que des considérations d'ordre public viennent mettre un frein à la volonté des parties.

Cette volonté ne s'exprime d'ailleurs pas dans tous les cas de la même manière. Tantôt l'accord des deux parties est nécessaire, tantôt seule une partie peut mettre fin à l'instance. La variété du procédé juridique employé nous amènera à considérer tour à tour le désistement et l'acquiescement.

## Section I

## Le désistement.

239. — C'est un accord des parties en cause qui met fin à l'instance (1). Ses effets sont cependant plus ou moins énergiques. Ils peuvent ainsi éteindre définitivement le droit litigieux ou simplement annihiler certaines conclusions. Seul le désistement d'instance intéresserait, à proprement parler, notre étude. L'étude des autres formes de désistement sera cependant nécessaire pour situer exactement le désistement d'instance et rechercher la place qu'il occupe en procédure civile et dans la procédure administrative contentieuse. L'étude comparée de la réglementation du désistement dans les deux procédures apparaît d'autant plus nécessaire qu'au terme d'une étude approfondie, M. André Heurté a pu prétendre que (2) « le Conseil d'Etat a construit une théorie originale et adaptée à l'esprit du contentieux administratif, mais — sans d'ailleurs méconnaître la contribution utilement apportée par les tribunaux judiciaires — les formules empruntées au Code de procédure civile demeurent et resteront une source de confusion ».

### Sous-Section I

### La forme du désistement.

Résoudre la question de la forme du désistement, ce n'est pas envisager seulement quelles sont les conditions de forme selon lesquelles il doit être présenté pour être valable, c'est aussi examiner avec précision quelles peuvent être les différentes formes de désistement et les buts auxquels elles répondent.

#### § I. — Les différentes formes de désistement.

240. — Mis à part le désistement de conclusions (3), qui ne pose pas de problème, la distinction entre désistement d'instance et d'ac-

(1) Raynaud P., « Le désistement d'instance », Rev. trim. dr. civ., 1942, p. 12. Heurté A., « Le désistement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le désistement en droit public et en droit civil », A.J. 1959.I.81.

(2) Heurté A., *op. cit.*, p. 91.

(3) Il ne fait aucun doute qu'un tel désistement existe également en droit administratif : Odent, *Contentieux administratif*, 1957.58, t. II, p. 562, « le désistement peut aussi porter sur des moyens : cette renonciation à un ou plusieurs moyens doit être expresse. Un moyen qui n'est pas repris dans une réplique ne peut pour ce seul motif, être réputé abandonné : il doit donc être examiné ». V. 19 novembre 1958, Butori, A.J. 1958.II.450.

tion reste fondamentale. Ces deux incidents de procédure reposent, en effet, sur des idées distinctes. Alors que le premier est utilisé lorsque l'instance a été mal engagée, ainsi, dans le cas où elle a été formée devant un juge incompétent, le désistement d'action donne la possibilité à la *partie* qui s'aperçoit que sa prétention est mal fondée d'y renoncer avant que l'instance soit arrivée à son terme.

La différence dans les buts influe sur les effets de ces deux espèces de désistement. Le désistement d'instance ne vaut que pour l'instance en cours et n'interdit pas que la prétention soit reprise dans une autre instance. Le désistement d'action, tout en éteignant l'instance en cours, éteint en même temps le droit, objet de la prétention.

241. — 1° *En procédure civile.* — Le Code de procédure civile ne s'occupe que du désistement d'instance. Il prévoit, en effet, que (4) « le désistement, lorsqu'il aura été accepté, emportera de plein droit consentement que les choses soient remises de part et d'autre au même état qu'elles étaient avant la demande ». Le droit, antérieur à la demande, étant remis en l'état, c'est seulement l'instance en cours qui est éteinte. En principe donc, d'après ce texte, le droit objet de la prétention n'est pas atteint par le désistement.

Comme l'ont noté justement certains auteurs (5), le Code de procédure n'avait pas à s'occuper du désistement d'action « qui n'est qu'une renonciation soumise au droit commun ». Il emporte comme toute renonciation, non seulement extinction de l'instance, mais aussi la perte du droit (6). Devant les effets particulièrement énergiques de cette espèce de désistement, la jurisprudence civile, tout en admettant que la qualification d'un désistement en désistement d'action relève du pouvoir souverain des juges du fond, admet que si le caractère d'un désistement ne ressort pas clairement des termes dans lesquels il a été consenti, il doit être considéré comme un désistement d'instance et non comme un désistement d'action (7).

242. — 2° *En procédure administrative contentieuse.* — Les anciens auteurs du droit administratif posaient en principe que le désistement devant les tribunaux administratifs était toujours un désistement portant sur le fond du droit. Divers motifs étaient donnés à l'appui de cette opinion. D'une part « le caractère même de la procédure administrative dont la direction appartient au juge lui-même » (8). D'autre part, « il ne convenait pas, d'ailleurs, à la simplicité et à la rapidité

(4) Article 403.

(5) Glasson, Tissier, et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* 3e édition, 1926, t. II, p. 596.

(6) Raynaud, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine », Rev. trim. dr. civ. 1936.763.

(7) Req., 11 février 1947, D. 1947.J.198.

(8) Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture,* 1891, p. 308.

des formes devant les tribunaux administratifs... d'autoriser la renonciation à une action mal engagée pour en intenter une plus régulière. Une semblable ressource devait rester propre à la procédure civile » (9). L'auteur de la rubrique Conseil d'Etat de l'Encyclopédie Dalloz admet cependant, en 1912, que « le désistement est toujours présumé porter sur le fond du droit, à moins que l'intention d'en restreindre l'effet aux actes de procédure ne résulte nettement des circonstances (10).

C'est cette atténuation de la doctrine classique qui va être systématisée en 1932 par le commissaire du gouvernement Latournerie (11). Un arrêt du 29 mai 1882 (12), a, en effet, porté un coup décisif à cette doctrine : il a admis qu'un requérant qui s'était mépris sur le conseil de préfecture territorialement compétent pour se prononcer sur le litige, s'était désisté de sa requête primitive pour saisir les véritables juges. Il semble ainsi distinguer implicitement entre désistement d'instance et désistement d'action. M. Latournerie note avec raison dans ses conclusions qu'il est des cas où il est impossible d'admettre que le désistement soit un désistement d'action. Ainsi, lorsque le requérant se désiste parce qu'il s'aperçoit que sa procédure est nulle, on ne peut induire de cette attitude qu'il entend renoncer au droit objet du litige. « Dans ces cas et dans tous les autres de ce genre, ce serait aller trop manifestement contre les intentions de l'intéressé que de voir dans son désistement une renonciation au fond de son droit ».

Le commissaire du gouvernement Latournerie, tout en admettant la distinction faite en procédure civile, accorde cependant une place différente au désistement d'action dans le contentieux administratif : « En pareille matière, il s'attache à la stabilité des situations juridiques un intérêt public trop important pour que la règle d'interprétation ne doive pas être exactement inverse et pour que tout désistement ne doive pas, en principe, être regardé comme un désistement d'action ».

La jurisprudence a consacré la doctrine de M. Latournerie. Le Conseil d'Etat pose qu'en l'absence de circonstances de nature à faire regarder le désistement comme s'appliquant seulement à l'instance introduite par l'intéressé, celui-ci est irrecevable à attaquer ultérieurement la même décision (13). Le désistement n'est considéré comme un désistement d'instance que lorsque le requérant s'est désisté de son recours « tout en se réservant le droit de reprendre ultérieurement la même action » (14). En principe, une déclaration expresse du requérant

(9) DUFOUR, *Droit administratif*, t. II, n° 367, p. 375.

(10) « Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence », Dalloz 1912 t. III, V° Conseil d'Etat, n° 2086.

(11) Conclusions Latournerie sur 29 janvier 1932, dame Veuve Janson, D.P. 1933.III.31.

(12) 15 décembre 1899, Labour, D.P. 1901.III.23, dans le même sens.

(13) 12 décembre 1928, Clause, Rec. 1926 ; 4 novembre 1955, Cancre, Rec. Tables, 777 ; Section, 24 mai 1957, Caffot, Rec. 341.

(14) 20 janvier 1950, Trantan, Rec. Tables vicennales, 876 ; 16 mai 1952, Laveau, Rec. Tables, 801.

est donc nécessaire pour que le désistement soit considéré comme un désistement d'instance.

Le Conseil d'Etat admet cependant qu'il peut résulter des circonstances de l'espèce que le désistement doit être considéré comme désistement d'instance. C'est toutefois par l'usage d'une fiction que la Haute Assemblée arrive à cette solution. Elle admet ainsi que lorsque la requête a été retirée, sous l'influence d'une erreur de droit, et renouvelée plus tard, lorsque la partie a eu conscience de sa méprise, « dans les conditions où il est intervenu, le désistement... n'a pas eu le caractère d'une renonciation de sa part à la prétention qu'elle faisait valoir mais s'est appliqué seulement à l'instance qu'elle avait introduite (15). L'erreur commise par l'auteur du désistement serait ainsi une preuve que son désistement l'est simplement de l'instance en cours.

Cette analyse du Conseil d'Etat est, à notre avis, inexacte. Lorsque le désistement est vicié par une erreur, il est tout simplement nul. C'est uniquement pour cette raison qu'il est ensuite possible de reprendre la même prétention dans une autre instance. La position du Conseil d'Etat est donc bien, conformément aux recommandations de M. Latournerie, rigoureusement inverse de celle adoptée par les tribunaux judiciaires.

243. — 3° *Appréciation de la divergence de jurisprudence des deux ordres de juridictions.* — On a donné trois justifications de la jurisprudence originale du Conseil d'Etat : direction de la procédure par le juge, rapidité des formes devant les tribunaux administratifs et intérêt public qui s'attache à la stabilité des situations juridiques. Ces trois motifs sont, *a priori*, suspects : ils sont toujours invoqués pour justifier n'importe quel caractère de la procédure administrative contentieuse et notre étude est suffisamment avancée pour que nous puissions prétendre que, dans la plupart des cas, ils ne jouent aucun rôle. Il en est de même dans notre espèce. On ne comprend pas quelle influence peuvent jouer sur la nature du désistement la direction de la procédure par le juge ou encore la rapidité des formes devant les tribunaux administratifs. Quant à l'intérêt public qui s'attache à la stabilité des situations juridiques, si on peut admettre qu'il exerce quelque influence, il n'est pas spécifique a la matière.

C'est en définitive, au mode de liaison de l'instance, particulier au droit administratif, qu'il faut s'attacher. L'instance s'introduit au moyen d'une définition respective des prétentions de l'administration et du requérant ; nous avons montré la place importante qu'occupe l'acte complexe en droit administratif. En procédure civile, l'instance est ouverte par une délimitation de l'opposition des points de vue en présence. Mais, tandis que dans cette matière, cette opposition ne se traduit par aucun acte ayant force exécutoire, elle se concrétise au contraire dans la procédure administrative contentieuse par un acte adminis-

(15) 29 janvier 1932, dame veuve Janson précitée, v. également, 26 octobre 1938. dame Meunier, Rec. 128.

tratif dont le requérant peut obtenir immédiatement l'exécution, sans que l'administration puisse le retirer (16). L'instance administrative devait se terminer par une confirmation ou une infirmation de l'acte administratif. Si un désistement l'interrompt, l'acte administratif en cause est par là même confirmé. On comprend alors qu'à moins de précision expresse du requérant, il ne puisse plus faire valoir dans une autre instance le même droit à l'encontre du même acte.

### § II. — Les conditions de forme du désistement.

244. — En procédure administrative contentieuse, à raison de la gravité du désistement, un acte écrit est toujours exigé (17). Si un même principe est admis en procédure civile (18), la jurisprudence reconnaît cependant la validité d'un désistement tacite (19).

Aussi bien en procédure civile qu'administrative, le désistement ne doit pas pouvoir être présenté lorsque l'affaire est en état, c'est-à-dire, dans la première, au moment où le juge rapporteur lit son rapport, et dans la seconde, lorsque le commissaire du gouvernement commence à conclure (20).

## Sous-section II

## L'extinction du lien d'instance par le désistement.

245. — Le lien d'instance créé par une seule partie suscite ensuite des rapports bilatéraux ou multilatéraux. L'extinction de ce lien par une partie ne doit donc pas être possible sans une acceptation de la partie principale adverse. De même, dans la mesure où l'on admet qu'une égalité doit régner dans l'instance, l'extinction des rapports juridiques, nés de l'instance mais indépendants du recours principal, ne doit pas préjudicier aux personnes qu'ils concernent. Le désistement doit garder un effet relatif.

(16) 3 novembre 1922, dame Cachet, Rec. 790, S. 1925.III.9, note Hauriou, R.D.P. 1922, p. 552, conclusions Rivet. Long, Weil et Braibant, 2e édition, p. 155, n° 44. M. Latournerie faisait remarquer (dans ses conclusions précitées) que l'administration ne pouvant retirer ses actes, un intérêt public s'attachant à la stabilité des situations administratives, il devait en être de même pour les particuliers.

(17) 6 décembre 1911, Benoît, Rec. 1138 ; 8 février 1937, Société Swift et Cie, 1re espèce, Rec. 160 ; 3 avril 1940, Birac, 1re espèce. Rec. 121.

(18) Art. 402 C. pr. civ. ; en matière commerciale, la validité du désistement verbal a été admise. Req., 21 juillet 1915, D.P. 1916.I.207.

(19) Civ., 21 mai 1912, D.P. 1920.I.162.

(20) 29 août 1834, Hospices d'Apt, Rec., t. V, 590 ; 21 janvier 1948, Latreille de Lavarde, Rec., Tables, 662.

§ I. — Caractère bilatéral ou unilatéral du désistement.

Le désistement, à la différence de l'acquiescement, n'est pas motivé par un alignement de la prétention d'une partie sur celle de l'autre. Il est donc normal que le consentement de la partie adverse doive y être donné. L'introduction du juge, dans le rapport d'instance, va cependant pallier le défaut de consentement de la partie adverse. En vertu de ses pouvoirs de juridiction, il pourra décider si le désistement unilatéral peut ou non être admis.

246. — 1° *Le désistement est, en principe, bilatéral.* — C'est le droit commun. Le désistement doit, pour avoir pleine efficacité, être accepté par la partie adverse, c'est-à-dire, en général, par le défendeur. La nécessité de cette acceptation résulte clairement de l'article 403 du Code de procédure civile. Cet article indique quels sont les effets que produira le désistement « lorsqu'il aura été accepté ». Il est facile d'en conclure que le désistement non accepté n'exercera aucune influence sur l'instance (21). Le principe est affirmé de manière constante par la jusprudence judiciaire (22). Celle-ci en tire, notamment, comme conséquence, que le désistement qui n'a pas été accepté peut être retiré (23). Elle admet également que l'acceptation du défendeur n'est exigée que dans la mesure où l'instance est liée par des conclusions au fond ou une demande reconventionnelle de celui-ci (24). Les parties n'ont, en effet, le droit à la continuation et à la solution de l'instance que dans la mesure où elles y ont participé en faisant usage des prérogatives qui leur sont conférées.

Le Conseil d'Etat applique dans le plein contentieux des principes analogues. Il les consacrait avant 1889 malgré l'absence de texte (25). La loi du 22 juillet 1889 a repris les principes du Code de procédure civile (26). La solution antérieure a été naturellement maintenue. Ainsi, le désistement du requérant n'entraîne-t-il pas non-lieu à statuer sur les conclusions reconventionnelles, dès lors qu'il n'a pas été accepté par l'auteur de ces conclusions. (27). La Haute Assemblée tire les mêmes conséquences que la procédure civile, de cette nécessité de l'accep-

(21) L'article 402 dispose également que « le désistement peut être fait et *accepté* par de simples actes signés des parties ou de leurs mandataires et signifiés d'avoué à avoué ».

(22) Req., 24 décembre 1906, S. 1907.I.399.

(23) Agen, 24 mars 1890, D. 1892.II.8 ; Paris, 23 juin 1898, S. 1900.II.41.

(24) Req., 21 mars 1939, D.H. 1939.J.291, v. également, Req., 18 juillet 1859, D. 1859.I.374.

(25) 7 juin 1853.

(26) Article 42, § 1er de la loi du 22 juillet 1889, «Le désistement peut être fait et accepté par des actes signés des parties ou de leurs mandataires et déposés au greffe ».

(27) 22 décembre 1950, Barbier, Rec. 640.

tation. L'offre de désistement peut, en effet, être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée (28), mais l'acceptation la rend irrévocable (29).

247. — *La nature particulière du contentieux de l'excès de pouvoir* influe sur la nature du désistement dans cette matière. La qualité de partie du défendeur n'est pas, en effet, consacrée dans ce domaine. Il en résulte nécessairement que le problème de l'acceptation ne peut s'y poser. Il en résulte également que le désistement est toujours révocable.

La jurisprudence s'est fixée nettement dans ce sens. Un arrêt d'assemblée, du 21 avril 1944, Société Dockès Frères, décide que l'acceptation d'un désistement par l'administration n'est pas de nature à lui conférer un caractère irrévocable (30). Le Conseil d'Etat a même précisé (31) « que le litige soulevé par le recours pour excès de pouvoir... n'est pas un litige entre parties, que, par suite, le fait que le ministre de la France d'outre-mer a... demandé qu'il lui soit donné acte du désistement... n'a pas été de nature à lui conférer un caractère irrévocable...» le requérant a donc « pu valablement retirer son désistement ».

Ces solutions classiques (32) ne posaient pas, à vrai dire, de problème. L'unanimité des auteurs les interprétait comme une conséquence du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. M. Kornprobst a remis en cause cette interprétation dans sa thèse sur : Le recours pour excès de pouvoir et la notion de partie (33).

Une des explications données par M. Kornprobst repose sur l'idée que le Conseil d'Etat modifiera sa jurisprudence sur ce point « l'arrêt de principe date maintenant de quatorze ans ». Comme la Haute Assemblée a fait, le 12 novembre 1958 (34) une nouvelle application de la solution Dockès Frères, nous pouvons l'écarter dès à présent.

La deuxième explication de M. Kornprobst mérite plus d'attention. Il prétend, en effet, qu'en excès de pouvoir, à raison notamment de la brièveté des délais « le désistement d'instance n'était pas possible puisque, si le demandeur avait voulu introduire une nouvelle requête après un premier désistement, il aurait été forclos ». Il en conclut que le prétendu désistement est, au point de vue de ses effets, un désistement d'action. Or, pour lui, le désistement d'action, à la différence du désistement d'instance « produit ses effets sans avoir besoin d'être accepté par le demandeur et, quelle que soit l'attitude de ce dernier ». M. Kornprobst ajoute qu'il n'en est ainsi qu'en dehors du cas où le

(28) 6 décembre 1878, Elections de Veauchette, Rec. 988 ; 4 novembre 1932, Séguela, Rec. 912.

(29) 27 mai 1898, Ministre des Travaux Publics c. Lamotte, Rec. 437 ; 10 décembre 1951 Société d'assurances La Mutuelle générale française d'accidents, Rec. 581.

(30) Assemblée, 21 avril 1944, Société Dockès Frères, Rec. 120.

(31) 13 avril 1950, de Villèle et autres, Rec. 214.

(32) 19 novembre 1958, Butori, A.J. 1958.II.450, conclusions A. Bernard.

(33) Thèse, Aix, 1958, p. 57.

(34) Butori précité.

demandeur a intérêt à faire juger ses demandes reconventionnelles mais cette hypothèse, continue-t-il, est impossible dans la matière du recours pour excès de pouvoir (35). Et notre auteur précise que « la seule chose à expliquer est donc la possibilité pour le demandeur de rétracter le désistement d'action qu'il a fait, tant qu'il ne lui en a pas été donné acte ». A son avis, ceci s'explique « en constatant que, comme en droit judiciaire privé, le désistement d'action est évidemment impossible dans tous les cas où la renonciation serait contraire à l'ordre public ». L'opinion de M. Kornprobst, quoique brillamment exposée, n'emporte pas notre adhésion.

A. — *Il n'y aurait place en l'espèce que pour un désistement d'action.* — On ne comprend pas, cependant, comment la brièveté des délais transformerait tout désistement en désistement d'action. La brièveté des délais existe également dans l'instance de plein contentieux. Une fois l'acte complexe ou la décision acquis, le délai court, que l'on se trouve en excès de pouvoir ou en plein contentieux. Nul ne conteste que dans ce dernier domaine le désistement puisse être d'instance ou d'action, il doit en être de même en excès de pouvoir. M. Kornprobst prétend que cela ne servirait à rien que le désistement soit considéré comme un désistement d'instance puisque, à raison de la brièveté des délais, le requérant serait forclos s'il voulait introduire une nouvelle instance. Nous pensons qu'au contraire la possibilité d'un désistement d'instance est d'un intérêt important pour le requérant, aussi bien en excès de pouvoir qu'en plein contentieux. Il suffit d'imaginer l'hypothèse d'une réouverture des délais. Si le requérant avait fait un désistement d'instance, il sera recevable à agir à nouveau. S'il s'était, au contraire, désisté de son droit, son recours sera irrecevable. Et il ne s'agit pas que d'une hypothèse !

Le sieur Caffot s'était pourvu, en 1955, contre deux décisions concernant sa carrière administrative ; il demandait leur annulation pour excès de pouvoir. Il s'était désisté ensuite de son pourvoi le 22 août 1945. La loi du 6 août 1953 ayant rouvert les délais au profit des personnes frappées de sanctions d'épuration, le requérant forme un nouveau recours contre les mêmes mesures. Le Conseil d'Etat constate, dans son arrêt de Section du 24 mai 1957 (36) que le sieur Caffot « s'est désisté de son pourvoi (en 1945) sans invoquer aucune circonstance de nature à faire regarder ce désistement comme s'appliquant seulement à l'instance qu'il avait introduite... ». Il décide, en conséquence « que, dans ces conditions, le ministre de l'Intérieur est fondé à soutenir que ledit désistement fait obstacle à ce que l'intéressé puisse former un nouveau pourvoi contre les deux décisions... ». Le désistement d'instance aurait, au contraire, permis au requérant d'obtenir que sa seconde

(35) Note 72, p. 57, thèse précitée.
(36) Section, 24 mai 1957, Caffot, Rec. 341.

requête soit jugée. Donc, en excès de pouvoir, non seulement le désistement d'instance existe, mais il présente également un intérêt indéniable.

Il faut enfin rappeler que, si les demandes reconventionnelles ne sont pas admises en excès de pouvoir, c'est uniquement parce que la qualité de partie du défendeur n'est pas consacrée en cette matière.

B. — *La possibilité du retrait du désistement accepté s'expliquerait par des considérations d'ordre public.* — Le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir interdirait donc, dans cette matière, le désistement. Ceci est absolument contraire à la jurisprudence qui admet la possibilité du désistement en excès de pouvoir. D'autre part, à la différence de la jurisprudence judiciaire, « on ne relève pas... en droit public, de situation juridique que seul un jugement pourrait établir, c'est-à-dire de matières où l'ordre public ferait obstacle à la recevabilité d'un désistement » (37).

C'est donc bien en raison de l'absence de parties dans le recours pour excès de pouvoir que le consentement de la personne adverse ne peut être exigé. Le motif énoncé dans les décisions du Conseil d'Etat est donc bien le motif réel. Il est une autre hypothèse où le consentement d'une seule personne est suffisant pour mener au désistement, c'est celle où l'intervention du juge supplée le consentement de la partie adverse.

248. — 2° *L'intervention du juge peut donner efficacité au désistement unilatéral.* — L'acceptation du désistement par la partie adverse signifie que cette dernière ne voit aucun intérêt à la poursuite de l'instance. Si elle refuse parfois de déférer à l'offre de désistement de l'autre partie, c'est que son intérêt lui conseille la poursuite de l'instance. Mais, dans le cadre du déroulement de l'instance, le juge peut contrôler la réalité de cet intérêt. Si le défendeur refuse le désistement sans raison, si ce n'est celle de gêner son adversaire, le tribunal doit, à la demande de ce dernier, donner acte du désistement. Les jurisprudences aussi bien civile (38) qu'administrative (39) ont admis la validité d'une telle forme de désistement.

L'intervention particulière du juge donne à la décision de donné acte du désistement un caractère particulier. Ainsi, en procédure civile, la décision de donné acte d'un désistement bilatéral ne fait que constater l'accord des parties et le seul recours que les parties puissent alors former est un recours en nullité de cet accord (40). Lorsque le juge

(37) Heurté, étude précitée, p. 83.

(38) Civ., 9 mai 1900, S. 1901.I.185 ; Civ., 24 décembre 1906, S. 1907.I.399 ; Civ., 9 décembre 1929, D.H. 1930.J.35 ; Req., 23 octobre 1945, D. 1946.J.54 ; Civ., 29 avril 1947, J.C.P. 1947.IV.97.

(39) 20 mai 1904, Aubert c. Département de la Vendée. Rec. 437 ; 29 novembre 1937, sieur X., Rec., 973, S. 1938.III.40.

(40) Conformément au droit commun des conventions, v. par ex., Douai, 13 novembre 1911, D.P. 1912.5.30.

est intervenu, la demande en nullité n'est pas possible puisqu'il n'y a pas d'accord, mais il s'agit d'un véritable jugement, disposant de l'autorité de la chose jugée et contre lequel les voies de recours sont ouvertes (41).

### § II. — L'effet relatif du désistement.

Dès que le désistement est acquis, ses effets s'exercent entre les parties. Ils sont plus ou moins absolus selon qu'il s'agit de désistement d'instance ou d'action. Le désistement atteint par contre-coup les recours qui sont étroitement dépendants de celui du requérant. Il ne peut, au contraire, préjudicier aux autres parties dans leurs demandes autonomes.

249. — 1°) Certaines personnes ne sont jamais liées par le désistement. Ce sont les personnes dont les prétentions ont été jointes dans une même instance pour des raisons de commodité. Il serait contraire à l'équité de les obliger à réintroduire une nouvelle instance en raison du désistement d'une partie. Ainsi, un tel désistement ne peut-il préjudicier aux litisconsorts (42). De même, en matière administrative, au cas de requête collective contre un même acte, le désistement de l'un des requérants ne peut nuire aux autres (43).

250. — 2°) D'autres recours sont, au contraire, étroitement unis au recours principal. C'est le cas des demandes reconventionnelles et du recours incident. Si leur auteur accepte le désistement, il sera irrecevable à agir, l'instance étant éteinte. Mais, si celui-ci refuse de donner son consentement au désistement, et que le juge en donne tout de même acte, l'extinction de l'instance sera alors inopposable à la partie qui n'y a pas consenti (44).

La jurisprudence civile n'admet la persistance de l'intervention, malgré le désistement de l'auteur du recours principal, que dans la mesure où l'intervenant peut se prévaloir d'un droit propre. C'est uniquement dans ce cas que son intervention justifie d'une autonomie suffisante pour être conservée. Nous pensons, bien que nous n'ayons trouvé aucune décision sur ce point, qu'en matière administrative, de manière analogue, la persistance de l'intervention doit être admise, malgré le

(41) V. Giverdon, *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Désistement, n°s 86 et suiv. ; Raynaud, Rev. trim. dr. civ., 1942, p. 26.

(42) Civ., 11 mai 1846, D.P. 1847.I.161.

(43) 18 novembre 1901, Elections de la Française, Rec. 823 ; 8 décembre 1932, Société la Brosserie, l'Espérance et autres, Rec. 1048.

(44) Glasson, Tissier et Morel, précités, t. II, p. 611 ; 3 décembre 1880, Ministre des Finances, Rec. 965 ; 16 décembre 1920, Société l'Energie Electrique du littoral méditerranéen, Rec. 1067 ; 5 décembre 1929, chemins de fer et tramways départementaux du Midi de la France et dame Baudens, Rec. 1071 ; Section, 22 décembre 1950, Barbier, Rec. 640.

désistement, chaque fois que l'intervenant aurait été recevable à agir par la voie d'un recours principal.

251. — Malgré la ressemblance profonde des techniques juridiques employées en procédure civile et administrative contentieuse, cette dernière se ressent du processus juridique employé pour la liaison de l'instance. La décision préalable paralyse, dans un bon nombre de cas, le jeu du désistement d'instance. En effet, l'expiration des délais rend impossible, sauf le cas de réouverture de ceux-ci, le renouvellement de l'instance. D'autre part, le demandeur étant, dans la plupart des cas, une personne privée, il s'ensuit que, de manière générale, l'auteur du désistement sera une personne privée. Le particularisme qui se trouvait pour la naissance de l'instance administrative se rencontre à nouveau pour l'extinction volontaire de cette instance. L'étude de l'acquiescement illustrera ce principe de façon analogue.

## Section II

### L'acquiescement.

252. — C'est un acte unilatéral (45), provenant généralement du défendeur et par lequel celui-ci se soumet soit aux prétentions de la partie adverse, soit aux dispositions d'un jugement. L'acquiescement se distingue du désistement parce qu'il a toute son efficacité sans avoir besoin d'être accepté (46). D'autre part, alors que le désistement s'exerce toujours alors que l'instance est en cours, l'acquiescement peut intervenir après la clôture par un jugement de l'instance principale. Dans tous les cas, il est néanmoins en liaison profonde avec l'instance. Il ne peut porter, en règle générale, que sur l'instance engagée et la volonté de la partie qui acquiesce peut lui assigner des limites. L'instance, rapport fondamental de procédure instauré par les parties, dépend d'elles autant dans son extinction que dans sa création. L'ordre public exige cependant que la partie qui acquiesce ne se soumette pas à des actes abusifs avant de connaître la portée exacte des prétentions de son adversaire. Aussi, avant de préciser les effets de l'acquiescement, il nous sera nécessaire d'examiner le problème de la validité de l'acquiescement.

(45) Heurté A., «L'acquiescement dans la procédure administrative», R.P.D.A., 1954, p. 182.

(46) Req., 15 mars 1859, D. 1860.I.19.

## Sous-section I

### Le problème de la validité de l'acquiescement

Il a souffert, surtout en droit administratif, d'un défaut d'étude précise qui a mené aux confusions les plus redoutables. Si elle intervient, en effet, en dehors d'une instance juridictionnelle, la prétendue renonciation d'une partie à ses prétentions et l'alignement corrélatif sur celle de la partie adverse ne peut être qualifiée, à proprement parler, d'acquiescement.

#### § I. — L'acquiescement ne peut se concevoir en dehors d'une instance juridictionelle.

253. — En droit civil, la question est résolue très simplement. Si un droit est né, la renonciation à ce droit n'est pas un acquiescement, mais elle est valable dans les conditions du droit commun. Si, au contraire, un droit n'est pas encore né, il est impossible d'y renoncer. Ceci pour des conditions que l'on comprend sans difficultés. On ne peut apprécier valablement une renonciation avant que l'objet sur lequel elle porte soit exactement déterminé.

La confusion est, au contraire, très grande dans la procédure administrative contentieuse. Un débat s'est en effet ouvert de la manière suivante. Les auteurs et les commissaires du gouvernement se sont demandés s'il était possible d'acquiescer à une décision administrative avant que celle-ci soit intervenue.

1°) *La doctrine classique* du droit administratif a eu le tort d'interpréter la jurisprudence du Conseil d'Etat sans examiner avec rigueur la distinction des actes administratifs et des actes juridictionnels (47). Pour elle, après avoir implicitement admis la possibilité d'une renonciation au recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat est revenu sur sa position première (48).

En effet, affirme-t-elle, par des arrêts Plet (49) et Pérignan (50).

(47) Ce n'est pas là, à vrai dire, une chose exceptionnelle en droit administratif. Les auteurs répètent que la théorie du ministre juge n'a plus cours. Cependant, de ci de là, on perçoit les erreurs qu'entraînent les réminiscences de cette théorie. Nous verrons qu'en matière de sursis à exécution, une même confusion a longtemps régné.

(48) V. B. Kornprobst (*La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Aix, 1958, p. 46), résume cette doctrine classique.

(49) 2 mars 1934, Plet.

(50) 29 mars 1935, Pérignon.

le Conseil d'Etat aurait admis la possibilité d'un acquiescement (51) à un acte administratif. Or, un arrêt Louarn du 13 février 1948 (52) renversant cette première jurisprudence, affirme que si « le sieur Louarn a déclaré qu'il était disposé sous certaines conditions à n'exercer aucun recours contre la décision prise à son égard... un tel engagement, quelle qu'en ait été la portée, ne pouvait être de nature à interdire à l'intéressé l'exercice du recours pour excès de pouvoir contre les décisions par lesquelles a été réglée sa situation réglementaire ».

2°) *Critique de la doctrine classique.* — La renonciation anticipée à se prévaloir de l'illégalité d'une décision administrative ne peut être jamais considérée comme un acquiescement. Le Conseil d'Etat avait admis, en 1814, alors que la distinction entre acte administratif et juridictionnel n'était pas encore effectuée, qu'après l'acquiescement donné à toutes les dispositions d'une décision administrative, les intéressés ne peuvent attaquer une partie de cette décision (53). L'acquiescement à une décision administrative ne pose pas alors de problème car celle-ci est considérée comme juridictionnelle. Lors que la Haute Assemblée abandonne la théorie du ministre-juge, la question se réveille. Par un arrêt du 2 juillet 1909, le Conseil d'Etat décide que le fait pour des candidats à un concours d'accepter les modifications irrégulièrement apportées au règlement du concours ne rend pas le recours contre ces mesures irrévocable (54). La jurisprudence témoigne ensuite de tendances contradictoires. Tantôt, elle paraît admettre la validité d'une renonciation à un acte administratif (55), parfois, au contraire, elle refuse d'en tenir compte (56). Aucune distinction ne ressort clairement de cette jurisprudence entre la renonciation antérieure ou postérieure à la décision administrative.

A notre avis, seule la première de ces renonciations doit être déclarée inopérante dans tous les cas. Le Conseil d'Etat a pris nettement parti pour la nullité de cette renonciation dans un arrêt d'assemblée du 19 novembre 1955 (57).

Le sieur Andréani, signataire de la requête présentée au Conseil, était l'un des délégués syndicaux qui avaient examiné le texte attaqué. Il avait signé au nom de son syndicat une déclaration par laquelle « les représentants soussignés des syndicats... expriment... leur accord com-

(51) Note Alibert, sous les deux arrêts précités (note [3] et [4]), S. 1936.III.97.
(52) 13 février 1948, Louarn, Rec. 79.
(53) 5 février 1814, Lefruglays c. régie des domaines, Rec., t. I, 509.
(54) 2 juillet 1909, Pruvost, Rec. 650.
(55) Plet, Pérignan, précités ; v. également, 15 décembre 1922, dame Comode, Rec. 954. La décision Pérignon affirme notamment « qu'il n'est justifié par le ministère de l'existence d'aucune convention susceptible d'être regardée comme constituant de la part des requérants une renonciation au droit de se pourvoir contre l'arrêté du préfet du département des Ardennes ».
(56) Louarn, précité.
(57) Assemblée, 19 novembre 1955, Andréani, Rec. 551, R.P.D.A. 1956, p. 25, conclusions Landron.

plet sur les dispositions du projet de statut ». Le Secrétaire d'Etat estimait qu'en donnant un tel accord, le sieur Andréani avait par là même renoncé au droit de contester ultérieurement le texte qu'il avait approuvé. L'administration se prévalait en somme d'un « acquiescement préalable ». Or, comme l'a justement fait remarquer dans ses conclusions le commissaire du gouvernement Landron « Il est possible de renoncer à certains droits existants, mais on ne saurait renoncer, par avance, à un droit qui n'est pas encore né. Il n'est donc pas légalement possible de renoncer à contester un acte qui n'est pas encore intervenu ». Aussi, le Conseil d'Etat admet-il très clairement dans sa décision que l'approbation donnée d'avance par le sieur Andréani, aux termes de projet préparé par l'administration « n'a pas eu pour effet de le priver du droit de faire état de l'illégalité dont ledit décret est entaché ». Cette jurisprudence, déjà affirmée par au moins deux arrêts (58), se rallie directement à la solution retenue en procédure civile.

Il est, au contraire, difficile de déterminer quelle est la solution adoptée quant à l'acquiescement postérieur à la décision administrative. Ceci provient, à notre avis, d'un défaut d'analyse de la notion d'instance en matière administrative. Nous avons, en effet, montré que cette instance est créée à partir du moment où le requérant prend l'initiative de demander une décision à l'administration ou lorsque celle-ci prend cette décision *proprio motu*. L'acquiescement postérieur à une décision administrative est un acquiescement dans le cadre de l'instance.

### § II. — La validité de l'acquiescement doit être admise dans le cadre d'une instance juridictionnelle.

L'acquiescement joue alors un rôle précis. L'instance suscitée par les parties, lorsqu'un antagonisme existe entre elles, doit s'éteindre dès que cet antagonisme a pris fin par l'alignement d'une des parties sur la prétention de l'autre. L'ordre public peut cependant s'opposer à cette renonciation. Nous verrons qu'il n'exerce pas ses effets de manière égale selon qu'il s'agit d'acquiescement dans le cours de l'instance ou d'acquiescement à un jugement.

254. — 1° *L'acquiescement dans le cours de l'instance.* — Il soustrait à la décision du juge une prétention qui lui a été soumise. La garantie juridictionnelle ne s'étant pas encore exercée, on comprend qu'on ne puisse l'admettre dans tous les cas.

(58) 28 mai 1948, Vergne, Rec. Table vicennale, 1935-1954, p. 765, n° 529 ; 20 février 1952, Cau, Rec. 117. Il est à noter que des principes analogues sont consacrés en plein contentieux : 26 février 1947, Société Vinotra, Rec. Table vicennale, 765 : une clause contractuelle interdisant tout recours au cocontractant de l'administration ne rend pas irrecevable une réclamation ultérieurement présentée par celui-ci.

255. — A. — *En procédure civile.* — La déclaration du défendeur reconnaissant le bien-fondé de la demande met un terme à l'instance. Le plus souvent, une telle déclaration sera expresse. On voit mal comment on pourrait opposer un acquiescement tacite à une personne qui s'est fait représenter dans l'instance et qui plaide contre le demandeur. D'autre part, l'acquiescement ne peut être valable si la demande concerne des droits auxquels on ne peut renoncer parce qu'ils touchent l'ordre public et les bonnes mœurs.

La jurisprudence civile a tendance à interpréter de manière très restrictive un acquiescement prétendu afin de sauvegarder les droits de la partie qui acquiesce. Ainsi, admet-elle que celui qui s'en remet à la justice ne peut être considéré comme acquiescant à la demande, mais, au contraire, comme la contestant (59).

256. — B. — *En procédure administrative contentieuse.* — L'instance naît dès qu'est intervenu l'acte complexe ou la décision de l'administration. Nul ne conteste qu'après l'expiration des délais la requête présentée contre ces acte ou décision sera irrecevable. On peut analyser, à notre avis, cette déchéance comme un acquiescement implicite. En n'agissant pas dans le délai, le requérant a implicitement acquiescé à la décision administrative. Pourquoi alors ne pas admettre un acquiescement exprès à la décision administrative ?

Le commissaire du gouvernement Landron a invoqué deux motifs essentiels qui s'opposeraient à cette admission. A son avis, les droits auxquels on peut renoncer par acquiescement « sont des droits d'ordre subjectif attachés à la personne d'un individu ». Or, « il serait impossible, contraire à l'ordre public, de renoncer à invoquer l'illégalité d'un acte administratif, à plus forte raison d'un acte réglementaire ». Aussi, pour le commissaire du gouvernement Landron, « le domaine normal de l'acquiescement devant la juridiction administrative est celui du recours de plein contentieux. C'est à l'égard de tels pourvois seulement que votre jurisprudence a admis maintes fois l'acquiescement » (60).

Nous ne pensons pas que l'opinion de M. Landron doive être retenue. La jurisprudence administrative n'hésite plus, en effet, à reconnaître qu'un acte administratif puisse faire naître des droits. La tierce opposition vise à réparer justement l'atteinte portée à de tels droits par la chose jugée. Nul ne prétend que l'exercice de la tierce opposition soit obligatoire pour la personne dont les droits ont été violés. Elle peut ne pas agir, elle acquiesce ainsi implicitement à une violation de droits nés d'un acte administratif. On ne comprend pas pourquoi elle ne pourrait pas acquiescer expressément à une telle violation.

Est-ce à dire alors qu'une telle renonciation heurte l'ordre public ? Nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi de manière générale. Tout au

(59) Req., 9 novembre 1892, S. 1895.I.399 ; Req., 17 juin 1897, D. 1898.I.321.
(60) Conclusions Landron sur Assemblée, 19 novembre 1955, Andréani, R.P.D.A. 1956, p. 25.

plus pourrait-on admettre que s'il est vérifié dans un cas particulier que la renonciation heurte l'ordre public, elle soit déclarée non avenue. Enfin, M. Landron explique que ses arguments sont plus particulièrement valables à l'égard d'un acte réglementaire (61). On imagine aisément l'effet que produirait l'acquiescement à un acte réglementaire, la personne acquiesçante ne pourrait plus former de recours tandis que d'autres parties le pourraient. La chose jugée étant ensuite opposable à tous, il semble bien que la personne acquiesçante pourrait alors former tierce opposition.

La jurisprudence ne consacre pas cependant une telle distinction. Elle maintient en apparence le principe de l'impossibilité de l'acquiescement à un acte administratif (62). Cette attitude est dictée au Conseil d'Etat, à notre avis, par la considération suivante. Il faut protéger les intérêts de la partie acquiesçante qui est, en règle générale, une personne privée. Il ne faut pas qu'elle acquiesce aux pressions de l'administration. Nous trouvons ici le même souci de garantie des intérêts qu'en procédure civile. En effet, même dans les espèces où l'on a cru trouver l'admission de la validité d'un acquiescement (63), celui-ci n'est pas estimé être réellement intervenu par la Haute Assemblée. Ainsi, affirme-t-elle dans une dérision Plet du 2 mars 1934 « qu'il n'est pas établi que le sieur Plet, en acceptant une indemnité pour brusque congédiement, ait entendu renoncer à attaquer l'arrêté qui a prononcé sa révocation, que, par suite, son pourvoi est recevable ». Tout comme la jurisprudence civile, le Conseil d'Etat arrive, par une interprétation de la volonté du requérant à considérer que son «acquiescement » n'en est pas, en fait, un.

257. — 2°) *L'acquiescement à la chose jugée.* — En parlant d'acquiescement à la chose jugée, on n'entend pas que celle-ci a besoin pour être opposable d'une acceptation quelconque. L'on veut simplement dire que la personne qui est en droit d'attaquer le jugement renonce aux voies de recours dont elle pourrait user. Cet acquiescement est admis aussi bien en procédure civile (64) qu'administrative

(61) Le commissaire du gouvernement Blun avait, dans ses conclusions sur l'affaire Boussuge (v. nos développements sur la tierce opposition), proposé que la tierce opposition soit admise seulement à l'égard des actes réglementaires : « Le requérant disparaît, et vous vous demandez simplement si l'acte réglementaire attaqué est légal. Les deux parties sont en réalité : le règlement, d'une part, la loi ou les principes généraux du droit, de l'autre... Vis-à-vis d'actes de cette nature, quel pourrait être l'effet de la tierce opposition ? Elle tendrait à faire revivre un règlement que vous avez annulé, non parce qu'il méconnaissait les droits, mais parce qu'il violait le droit... » Mais, le Conseil d'Etat ne le suivit pas et admis dans tous les cas la recevabilité de la tierce opposition en excès de pouvoir.

(62) 13 février 1948, Louarn, Rec. 79.

(63) Section, 2 mars 1934, Plet ; 29 mars 1935, Pérignon et autres, note Alibert, S. 1936.III.97.

(64) Civ., 29 décembre 1886, S. 1887.I.32 ; Req., 29 mai 1909, S. 1909.I.400.

(65). La partie qui acquiesce peut limiter son acquiescement à une partie du jugement, l'instance ne sera alors éteinte que dans les limites que cette partie a fixées. Ainsi, lorsqu'un litige porte sur deux causes juridiques distinctes l'acquiescement peut être très bien restreint à la première de celles-ci (66). Encore faut-il que la cause ne soit pas indivisible (67).

L'acquiescement n'est valable qu'autant que le consentement donné émanait d'une personne compétente et était sain. Il ne peut, en effet, émaner que du titulaire du droit d'agir en justice (68). D'autre part, il faut que la personne qui l'a donné ait pu apprécier en connaissance de cause la portée de son aquiescement (69). Par exemple, lorsque l'acte communiqué aux requérants ne contenait pas les véritables motifs de l'arrêté du conseil de préfecture, l'acquiescement des requérants à un arrêté dont ils n'avaient qu'une connaissance inexacte, ne peut leur être opposé. (70). La jurisprudence cherche à protéger les intérêts de la personne qui acquiesce. Dans l'interprétation des faits qui constituent un acquiescement, les juridictions distinguent selon que la voie de recours pour laquelle l'acquiescement est opposé a, ou non, effet suspensif.

258. — A. — *La voie de recours pour laquelle l'acquiescement est opposé a effet suspensif.* — C'est notamment le cas pour l'appel en procédure civile. L'exécution d'un jugement susceptible d'appel implique acquiescement lorsqu'elle a lieu sans réserves (71). « La partie n'aurait qu'à faire appel pour arrêter l'exécution ; si elle ne proteste pas et ne fait pas appel, elle accepte le jugement » (72). En un mot, l'exécution n'étant pas nécessaire, toute partie qui s'y soumet est réputée avoir acquiescé au jugement.

259. — B. — *La voie de recours pour laquelle l'acquiescement est opposé n'a pas effet suspensif.* — C'est le cas en droit administratif pour la plupart des recours. Obéit notamment à ce principe de l'effet non suspensif l'appel au Conseil d'Etat. Il en résulte qu'une partie qui exécute un jugement du tribunal administratif frappé d'appel, ne fait

(65) Dans cette matière, l'acquiescement est considéré comme une règle générale de procédure, 7 décembre 1933, Ministre des Pensions, Rec. 1149 ; 1er juillet 1935, Ministre des Pensions c. sieur Chaudeysson, Rec. 749.

(66) 21 novembre 1934, Dupont et commune de Linxe, Rec. 1085 ; Civ., 6 décembre 1956, D. 1957, Sommaire 91.

(67) Civ., 26 octobre 1898, D.P. 1899.I.129.

(68) Section, 9 mai 1952, 1re, 3e et 4e espèce, Rec. 238 ; des règles protectrices des incapables sont en outre édictées, v. MALAURIE, *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Acquiescement nos 28 et suiv.

(69) Civ., 21 juillet 1852, D.P. 1852.I.194 ; Req., 20 mai 1862, D.P. 1863.I.103 ; 29 décembre 1870, Duval, Rec., 114 ; 22 mai 1914, Elections de Bellerive-sur-Allier, Rec. 638.

(70) 22 mai 1914 précité note 6.

(71) Civ., 27 novembre 1907, S. 1908.I.127 ; Req., 8 avril 1932.I.174.

(72) GLASSON, TISSIER et MOREL, 3e édition, 1926, t. II, p. 644.

que déférer à une obligation qui pèse sur elle. Elle ne peut être considérée comme ayant acquiescé (73). Ainsi le fait d'avoir acquitté sans réserves le montant des condamnations prononcées par un conseil de préfecture n'est pas considéré comme un acquiescement de nature à rendre irrecevable le recours devant le Conseil d'Etat. Après avoir témoigné de quelques hésitations (74), la jurisprudence s'est fixée à cette position. Dans un arrêt du 9 mai 1952 (75), elle affirme « qu'en matière administrative où, en principe, les pourvois n'ont pas d'effet suspensif, l'acquiescement ne peut résulter que d'une manifestation de volonté de l'autorité compétente impliquant nécessairement renonciation à former un pourvoi contre la décision litigieuse ».

La jurisprudence civile a été amenée à consacrer une solution analogue dans les cas de pourvoi non suspensif. Ainsi, le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif de l'exécution, les actes d'exécution ne sont pas considérés comme impliquant renonciation au recours en cassation (76). La même solution est retenue dans tous les cas où, malgré l'effet suspensif d'un recours, l'exécution provisoire a été ordonnée (77). Car, au point de vue de l'obligation d'exécuter, la partie perdante se trouve dans la même situation que si son recours n'avait pas d'effet suspensif.

La jurisprudence s'arrête donc dans tous les cas à la solution la plus protectrice des intérêts de la personne réputée acquiesçante. Cette protection des intérêts de la personne à laquelle on oppose un acquiescement va-t-elle jusqu'à contrecarrer la volonté de cette personne ? En d'autres termes, y a-t-il, comme en matière d'acquiescement dans le cours de l'instance, des domaines où l'acquiescement soit interdit ?

La question se pose parce qu'à la différence de l'acquiescement intervenu pendant le cours de l'instance, l'acquiescement à la chose jugée se produit à un moment où le litige a déjà bénéficié des garanties juridictionnelles les plus importantes. « Quand il y a eu jugement, la question a été soumise au contrôle de la justice (78). » En outre, alors qu'une modification volontaire d'une situation d'ordre public n'est pas possible « lorsque l'acquiescement est fait à un juge-

(73) 21 mai 1881, Bridet, Rec. 103 ; 12 mars 1886, Fleurant, Rec. 232.

(74) 29 décembre 1876, Héquet c. ville de Roubaix, D.P. 1877.V.5. Teissier et Chapsal affirment déjà en 1891 (*Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, p. 435) : « L'exécution volontaire et sans réserves d'un jugement emporte acquiescement devant la juridiction civile et rend la partie non recevable à faire appel de ce jugement. Devant le Conseil d'Etat où le pourvoi ne produit pas d'effet suspensif, l'exécution des arrêtés des Conseils de préfecture est réputée non volontaire et ne vaut pas acquiescement. »

(75) 9 mai 1952, Houillères du bassin de Lorraine et Charbonnages de France, Rec. 238 (1re espèce, v. également 3e et 4e espèce) ; v. également 23 janvier 1885, Ministre des Finances c. Roux-Lavergne, Rec. 73.

(76) Civ., 8 janvier 1890, S. 1890.I.436 ; Civ., 12 mai 1919, S. 1920.I.68 ; Civ., 5 juin 1951, D. 1952, Sommaire 29 ; Civ., 6 mai 1959, D. 1959, Sommaire 92.

(77) Civ., 5 juin 1889, S. 1889.I.464 .

(78) Cuche et Vincent, « Procédure civile et commerciale », Dalloz 1958, p. 517, n° 579.

ment rendu sur cette demande, la situation n'est plus la même. La Justice a prononcé. On ne peut plus dire que les parties modifient volontairement leur état, puisqu'il vient d'être modifié par un jugement » (79). Jamais la jurisprudence administrative n'a, à notre connaissance, refusé de faire droit à un acquiescement à la chose jugée au motif qu'il serait contraire à l'ordre public (80). La jurisprudence civile est en sens inverse (81). Elle applique surtout le principe de la nullité de l'acquiescement en matière d'état des personnes, ainsi, en ce qui concerne la famille ou le mariage (82). Cette solution, particulièrement protectrice des intérêts en cause, s'explique difficilement. L'expiration des délais de recours emporte même dans ces matières acquiescement implicite. Pourquoi ne pas y admettre un acquiescement exprès (83).

## Sous-Section II

### Les effets de l'acquiescement.

260. — Ils sont absolus en ce sens que la partie qui a acquiescé ne peut plus agir dans le cadre de l'instance dans laquelle elle a exercé son acquiescement. S'il s'agit d'un acquiescement donné pendant le cours de l'instance, la partie ayant acquiescé ne sera pas recevable à former appel du jugement intervenu à la suite de l'instance dans la mesure de son acquiescement (84). L'acquiescement au jugement donne à la chose jugée une autorité définitive et aucune voie de recours ne peut être formée par celui dont il émane (85).

***

(79) Pilon, note S. 1903.I.273 sur Civ., 4 novembre 1901.

(80) Les auteurs qui soutiennent l'opinion opposée ne citent pas d'arrêts à son appui, ainsi, Teissier et Chapsal, *op. cit.*, p. 435 ; de Font-Réaulx, *Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, Thèse, Paris, 1930. p. 259.

(81) V. par ex., Civ., 15 novembre 1881, S. 1882.I.67.

(82) Civ., 4 novembre 1901, D.P. 1902.I.185, S. 1903.I.273, note Pilon.

(83) V. pour une tentative de justification Glasson, Tissier et Morel précités, t. II, p. 646 et Malaurie, *Encyclopédie procédure civile et commerciale*, V° Acquiescement n°s 44 et suiv.

(84) Cuche et Vincent, précités, p. 518, n° 480, 26 octobre 1938, Ignoto, Rec. 795 ; 9 novembre 1949, Marquis c. Ville de Pantin, Rec. 470.

(85) Civ., 30 janvier 1855, D.P. 1855.I.118, Civ., 19 février 1896, D.P. 1896.I.526 ; 12 mars 1886, Fleurant c. commune de Pontoux, Rec. 233.

## CONCLUSION DU TITRE II

261. — Le rapprochement des deux procédures, dans une matière qui concerne pour l'essentiel les garanties juridictionnelles, n'est pas étonnant. Le principe du respect des droits des parties, l'aménagement de leur protection, sont la base de toutes les procédures modernes. Néanmoins, l'emprunt du contentieux administratif à la procédure civile ne se situe pas seulement sur le plan des principes mais aussi sur le plan technique. La plupart des opinions émises pour justifier une originalité de la procédure administrative contentieuse n'ont pas résisté à l'analyse. Il demeure cependant quelques particularités dues au mode de liaison de l'instance dans cette dernière matière mais elles n'entraînent que des différences de détail entre les deux procédures.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

262. — Nous avons examiné le premier fil directeur de l'instance. La volonté des parties — et notamment celle du demandeur — détermine les limites dans lesquelles l'instance va se maintenir de son introduction à sa solution. Ce cadre s'impose ensuite aux parties dans le déroulement de l'instance. Il fixe également les limites essentielles de l'activité du juge. L'instance ne peut manquer d'apparaître comme constituant ainsi une unité essentielle de la procédure. L'enchaînement des différents actes des parties s'opère dans ce cadre fondamental de l'instance que les parties ont elles-mêmes déterminé. Cette cohésion nous a paru telle qu'elle se retrouve au-delà de l'instance principale, de la première instance. L'instance se maintient, à notre avis, à travers les voies de recours. Les instances que nous avons appelées dérivées sont unies à l'instance principale par un rapport de cause à effet. C'est parce que la première instance a eu lieu que les instances dérivées peuvent se produire. Aussi n'est-il pas étonnant que ces dernières instances soient obligées de se tenir dans le cadre de l'instance principale. Certes, il s'introduit dans ces instances dérivées un élément nouveau : celui qui constitue le but de la voie de recours. Cet élément n'est pas, à vrai dire, un obstacle à la continuité de l'instance principale.

C'est, en effet, parce qu'une seule instance principale est possible dans un cadre donné, parce que le cadre fixé à l'instance par les parties a une telle importance, que des garanties ont dû être aménagées pour ces plaideurs sous la forme d'instances dérivées. Ce ne sont d'ailleurs pas là, comme nous l'avons vu, les seules garanties dont les plaideurs disposent dans le déroulement d'une instance. Toutes ces mesures de protection contribuent à faire supporter plus facilement l'étau constitué par le cadre de l'instance.

On ne peut, en effet, nier que si l'origine de l'instance revient aux

parties, l'instance acquiert très vite son autonomie. Le cadre fixé par les parties devient le cadre de l'instance. C'est cette autonomie qui a conduit à accentuer les effets de la détermination de l'instance au-delà de l'intérêt bien compris des parties et de la justice. L'exagération de la fixité du cadre de l'instance a amené une reconsidération des origines de cette fixité. A l'heure actuelle, on a retrouvé le fondement de cette fixité. On a compris qu'elle avait pour origine la fixation du cadre de l'instance par les parties et que l'intérêt de celles-ci ne s'accommode pas toujours de la fixité de l'instance. Aussi, une tendance apparaît vers l'assouplissement du cadre de l'instance.

263. — Dans la procédure administrative contentieuse, aussi bien que dans la procédure civile, nous avons pu retrouver ce phénomène de la fixation des éléments de l'instance par les parties. Nous avons pu constater que la première matière s'est alignée sur la construction édifiée en procédure civile. Nous avons cependant remarqué qu'il existe encore quelques notions particulières au contentieux administratif.

Certains des facteurs de cette originalité sont inévitables. Ils tiennent à la présence de l'administration dans le procès. L'application de principes constants en procédure civile, loin d'amener une concordance des deux procédures, donne un ton particulier à la procédure administrative. Nous avons pu ainsi constater la quasi monopolisation par l'administration de la qualité de défendeur à l'instance. Qualité qui procure à cette dernière des avantages appréciables, non seulement dans l'instance principale, mais également dans les instances dérivées.

D'autres éléments de cette originalité sont plus critiquables. Ils tendent à réduire les pouvoirs des plaideurs. La fixation devient et reste la fixité. Le Conseil d'Etat octroie au demandeur le moins de pouvoirs possible. Il renforce certaines exigences légales, comme celle du délai ou celle de la décision préalable. Il contribue ainsi, volontairement ou non, à accroître les privilèges inévitables de l'administration que l'instance juridictionnelle devrait avoir justement pour but de réduire. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat nous est apparue comme passagère. Bientôt la Haute Assemblée ne résistera plus en ce domaine au vent qui la pousse vers la procédure civile.

Même en l'état actuel des choses, malgré ces divergences, le processus d'imitation de la procédure civile par le juge administratif, l'emprunt direct ou indirect aux règles appliquées par la jurisprudence civile ont une importance considérable. *Dans ce domaine de la fixation du cadre de l'instance, les deux procédures tendent à se rejoindre.* Il s'agit, en effet, de prendre en considération la volonté des parties qui ne peut disparaître du moment qu'on leur confie l'initiative de l'instance.

Nous allons constater que cette volonté n'est pas le seul élément pris en considération dans l'instance. La solution de la contestation ne peut s'accommoder de la liberté totale des plaideurs. L'instance ne peut assumer son rôle de remède à un trouble social que dans la mesure

où elle s'organise selon une certaine forme. La solution de l'instance dans le cadre de la loi est le domaine où l'on doit constater le plus de titres de discorde entre les deux procédures. Les procédés employés en procédure administrative contentieuse pour la solution de l'instance vont s'inspirer de la nature des litiges administratifs. Ceux-ci ne peuvent toujours s'accommoder des règles de la procédure civile.

DEUXIÈME PARTIE

# LA SOLUTION DE L'INSTANCE DANS LE CADRE DE LA LOI

264. — Notre première partie a montré que le litige étant la chose des parties ne peut être défini que par elles. Nous avons insisté sur l'agencement d'un ensemble de règles dans l'instance, afin de satisfaire et de respecter la volonté des parties. Il nous faut prendre en considération, à présent, le deuxième élément de l'instance. Celle-ci ne peut être à la disposition discrétionnaire des parties. La justice met au service obligatoire des parties les institutions par lesquelles les litiges doivent être résolus. Il en résulte pour les personnes au litige des servitudes. L'instance a pour but la solution des litiges. L'Etat ne peut se désintéresser de la manière dont ils seront résolus. L'instance est un bien, un remède, mis par l'ordre juridique étatique au service des parties mais à la condition que ces dernières se conforment aux obligations que le législateur ou la jurisprudence ont édictées dans un souci de bonne justice et notamment aux pouvoirs conférés au juge pour la solution de l'instance. Alors que dans le premier élément de l'instance l'intérêt privé prédominait, c'est désormais l'intérêt public qui pèse de tout son poids sur les parties.

Dès que l'on évoque la notion d'intérêt public, l' « administrativiste » se fait plus attentif. On ne peut nier en effet que cet intérêt soit plus en jeu dans les procès soumis au juge administratif que dans ceux soumis au juge civil. Dans les deux procédures, la solution de l'instance est d'intérêt public. Mais, en plus, dans la procédure administrative contentieuse, la nature du litige met en cause cet intérêt public. C'est dire que dans cette dernière matière, un intérêt public beaucoup plus puissant impose la solution du litige dans un cadre déterminé qui veille à son respect. On ne sera pas alors autrement étonné de découvrir des obligations pesant sur les parties particulières à la procédure administrative contentieuse.

Nous avons évoqué la nature des litiges soumis au juge administratif. Il importe de la préciser. Elle est particulière parce que la nature des personnes en cause dans l'instance administrative est elle-même spéciale. En principe, tout litige devant le juge administratif implique la présence de deux personnes à pouvoir disproportionné : une personne publique et une personne privée. Nous avons même vu qu'en général la personne privée a une position difficile dans l'instance : celle de demandeur. Il sera alors normal de percevoir que le juge adminis-

tratif est doté de pouvoirs particuliers pour corriger les effets de cette inégalité des personnes en cause.

Tout ceci fait que, dans le domaine de la solution de l'instance dans le cadre légal, la procédure administrative contentieuse est tout naturellement conduite à l'originalité. *Le vent qui poussait au rapprochement dans le premier élément de l'instance mène ici vers la division.* Tout au plus, peut-on noter l'existence d'un courant plus faible en sens inverse qui conduit la procédure civile vers la procédure administrative contentieuse Mais nous verrons qu'il ne peut produire entièrement ses effets. La nature du terrain, c'est-à-dire celle des litiges, devant le juge civil, s'oppose à la comparaison avec la procédure administrative contentieuse dans la plupart des cas.

265. — Cette démonstration sera menée en distinguant les deux éléments de l'obligation qui pèse sur les parties. D'une part, les parties doivent se soumettre à un ensemble d'exigences formelles ou de fond pour que leur instance soit valable. La loi a fixé des conditions pour que l'instance puisse exister. En ce sens, le cadre juridique de l'instance s'impose aux parties (titre I). D'autre part, l'instance ne peut se situer dans n'importe quel milieu : la loi exige qu'elle se déroule devant un juge et dans les conditions que ce magistrat détermine. Une deuxième obligation pèse alors sur les parties : elles doivent situer leur débat dans le cadre juridictionnel (titre II).

# TITRE PREMIER

## *LE CADRE JURIDIQUE DE L'INSTANCE S'IMPOSE AUX PARTIES*

266. — Les exigences sociales de la solution de la contestation doivent l'emporter sur la volonté des parties. L'instance ne peut être formée par n'importe qui. Le droit exige que la formation d'une instance ne soit pas abandonnée à l'arbitraire des initiatives individuelles. Des barrières sont instaurées pour empêcher que l'instance ne serve d'autres fins que celles de la justice. C'est pourquoi la formation d'une instance est subordonnée à un ensemble de conditions. Toutes ces exigences tendent à imposer au plaideur, qu'il se trouve ou qu'il se place, dans une certaine situation juridique. Faute de quoi, l'instance ne pourra être valablement formée. Mais, et comme par contrecoup, l'instance valablement formée constitue, elle-même, un cadre juridique : cet ensemble de règles agencées en fonction d'un certain but modifie la situation des plaideurs. Nous n'entendons point parler ici de la modification de la situation des plaideurs produite par la solution de l'instance. Nous voulons simplement démontrer que la seule *existence* de l'instance amène une modification à la situation juridique des parties.

Nous insisterons donc sur le fait que si la validité de l'instance dépend de la situation juridique des parties (chapitre I), l'existence de l'instance influe sur la situation juridique des parties (chapitre II). Nous aurons ainsi la mesure exacte et la signification des particularités de la procédure administrative contentieuse.

## CHAPITRE PREMIER

### *La validité de l'instance et la situation juridique des parties.*

267. — La formation valable d'une instance suppose que les parties respectent un certain nombre d'obligations édictées par le législateur en vue de freiner l'éclosion des instances. Les obstacles mis à la formation d'intances ont été conçus dans deux directions.

L'examen de la situation juridique du plaideur, telle qu'elle se présente intrinsèquement permet, tout d'abord, de déceler s'il est à même de saisir la justice. L'obstacle mis à la formation d'instances s'apprécie alors dans la seule personne du plaideur. Ce dernier ne peut se placer par un acte volontaire dans cette situation.

Il est, au contraire, d'autres conditions exigées pour pouvoir former valablement une instance qui sont moins pesantes. Il dépend de la seule volonté du plaideur d'y satisfaire ou non. Il pourra donc, pour les remplir, se placer dans la situation juridique requise.

Nous allons constater que la procédure administrative a érigé des obstacles beaucoup plus étudiés que ceux de la procédure civile. Cette dernière n'a d'ailleurs pas manqué de s'inspirer de certains des principes adoptés dans le contentieux administratif.

## Section 1

### Eléments de la situation juridique indépendants de la volonté des parties.

268. — Il est certains éléments de la situation juridique des parties qui n'intéressent pas notre examen de l'instance. Ce sont les éléments qui doivent exister chez toute personne juridique pour lui permettre de saisir la justice. Nous pensons notamment à la condition de capacité dont certains ont fait une condition de recevabilité de l'instance. Ainsi, le point de savoir si une association a la personnalité juridique lui permettant d'ester en justice n'intéresse pas notre étude. Il s'agit dans ce cas, de se demander « si la personne qui entend agir dispose du pouvoir général de s'adresser aux tribunaux, abstraction faite de toute référence à une question litigieuse déterminée » (1). Tout le problème qui se pose pour l'instant naît, au contraire, dans la perspective d'une question litigieuse déterminée. Dans cette optique, le plaideur doit justifier que l'instance aura un intérêt. Il doit, d'autre part, démontrer qu'elle aura un intérêt pour lui. Dans les deux procédures, cette condition se retrouve. Nous allons montrer que ce sont des circonstances particulières au contentieux administratif qui ont permis sa formulation précise.

## Sous-Section I

### L'instance doit avoir un intérêt.

L'intervention du juge ne se légitime que parce qu'une question litigieuse se pose. L'existence de la contestation donne un but à l'instance et lui confère son caractère contentieux. Aussi, l'introduction d'un litige devant un tribunal doit normalement aboutir à sa solution.

#### § I. — L'instance suppose l'existence d'une contestation.

269. — « Une instance n'est qu'une longue contestation... La contestation est un élément essentiel du contentieux... » (2). La nécessité de

(1) Note Giverdon sur Tr. de paix de Nice, 23 juillet 1958, D. 1959.J.374. V. sur l'ensemble du problème, Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit public français*, 3e édition par L. Trotabas, 2 vol. V. également la thèse de M. Kornprobst, pp. 150 et suiv. (*La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Aix, 1958).

(2) M. Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 1 ; spécialement, p. 15 et 17.

(3) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, Thémis, 1958, p. 37. *Contra* Vizioz,

la contestation n'est pas mise en cause en procédure civile (3). On s'est au contraire demandé si, dans la procédure administrative contentieuse, et plus particulièrement dans le contentieux de l'excès de pouvoir, on retrouvait la même nécessité d'un différend. On verra que le différend se retrouve dans toutes les instances et qu'il a la même signification dans les deux procédures.

270. — 1° *La contestation en excès de pouvoir.* — Pour déterminer avec précision si on se trouve, dans ce cas, en présence d'une contestation, il importe de définir cette dernière.

On peut la caractériser d'une manière restrictive : en un premier sens, la contestation serait ainsi l'opposition des points de vue sur un point de droit ou de fait. Mais pour s'opposer, il faut être au moins deux. La contestation impliquerait donc l'existence d'un contentieux *subjectif*. En un deuxième sens, la contestation serait l'existence d'une divergence d'interprétation ou d'application d'une règle de droit. De cette manière, la contestation serait considérée comme existante, lorsqu'une seule personne proteste contre l'application ou l'inapplication de la loi, à son cas, par l'administration. Il suffirait alors d'un simple recours contre l'acte de l'administration, et non pas contre l'administration elle-même, pour déclencher la contestation. On serait, dans ce cas, en présence d'un contentieux *objectif*. Contestation et contentieux objectif ne seraient pas antagonistes.

A notre avis, la contestation, qu'on la prenne dans l'un ou l'autre de ces sens ou dans ces deux acceptions réunies, existe dans le contentieux de l'excès de pouvoir comme dans le plein contentieux. Elle trouve sa source, dans chacune de ces matières, dans l'opposition des prétentions du plaideur et de celles de l'administration, exprimée dans un acte administratif. L'étude de l'opposition nous a montré que l'administration était amenée à exprimer son opinion à l'occasion de recours contre « son acte » (4). Nous avons de même vu que l'absence de l'acte administratif préalable était couverte, si l'administration contestait au fond les prétentions du requérant, devant le tribunal (5).

*Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public, Etudes de procédure*, 1956, p. 109. Mais Vizioz critique cette conception à l'aide d'exemples tirés de recours contre un acte juridictionnel et non pas de précisions issues de la nature du premier ressort. Il affirme ainsi (*op. cit.*, p. 110), « si... on passe au contentieux civil, où pourtant la contestation est encore plus habituelle, ne rencontre-t-on pas aussi des cas où elle manque ? N'en est-il pas ainsi dans le procès de cassation qui est un procès contre l'acte du juge ? ». C'est oublier que le premier ressort ou l'appel a résolu d'une manière provisoire la contestation et que le juge de cassation ne tranche pas tellement la contestation entre les plaideurs, mais le conflit entre l'un de ceux-ci et le juge.

(4) V. par ex. Section, 7 juin 1957, Préfet de la Gironde, R.D.P. 1958, p. 101.

(5) V. par ex. 23 octobre 1959, Doublet, R.D.P. 1959, p. 1235, conclusions A. Bernard. Le Conseil d'Etat affirme : « Il ressort des pièces de la procédure de première instance que le maire a présenté au Tribunal administratif des observations tendant au rejet au fond de la réclamation introduite par le requérant devant cette juridiction ; qu'ainsi le contentieux s'est trouvé lié par les conclusions sus-analysées de la demande du sieur Doublet, lesquelles sont, par suite recevables. »

Si l'opposition des prétentions couvre le défaut de décision, c'est uniquement parce que, dans le droit commun, cette décision constitue l'un des éléments de la contestation. Il en résulte que si l'acte administratif ne marque pas cette opposition, s'il ne peut constituer un des éléments du différend, le recours ne pourra être reçu.

Le Professeur, M. Waline, a justement montré qu' « il n'y a pas encore décision..., tant qu'on en est au stade de la préparation. Peut-être la décision ne sera-t-elle pas ce que les actes préparatoires permettent d'augurer ; le requérant s'est alarmé trop tôt » (6). Dans un ensemble d'espèces, le juge rejette le recours contre l'acte administratif, parce qu'on ne peut considérer que ce dernier définit les prétentions de l'administration (7). Ainsi, ne peut être attaquée la lettre par laquelle un intendant militaire a fait connaître à un fournisseur que le ministre des Armées, *sans contester en principe* le bien fondé des demandes présentées par ledit fournisseur, l'invitait à présenter toutes justifications utiles pour permettre l'évaluation de l'indemnité de résiliation à laquelle il pouvait éventuellement prétendre (8). L'opposition des points de vue n'est pas réalisée puisque l'administration ne *conteste pas*. Cette jurisprudence ne résulte pas de l'absence d'intérêt né et actuel, mais bien de l'absence de contestation. La même solution se retrouve, en effet, pour les actes administratifs postérieurs à une décision, tels que notifications (9), précisions et explications. Or, une fois la décision intervenue, le requérant possède un intérêt né et actuel. S'il ne peut attaquer certains actes postérieurs à la décision, c'est parce que l'élément de contestation ne s'y retrouve pas.

L'élément de contestation se retrouve donc dans la procédure administrative contentieuse. Il se manifeste, pour l'administration, par un acte administratif ou, à défaut, par une prise de position contraire aux prétentions du requérant devant le tribunal. Il faut, à présent, nous demander si, malgré cette formulation fréquente dans un acte administratif, l'élément contestation a la même signification dans les deux procédures.

271. — 2° *Le sens de l'élément contestation dans les deux procédures.* — Pour examiner dans son ensemble le sens de cet élément il faudrait analyser toutes les instances susceptibles d'être introduites et

(6) Waline, *Droit administratif*, 8e édition, n° 795.

(7) Dans d'autres cas, le recours est repoussé parce que l'acte de l'administration, bien que contenant les prétentions de l'administration, ne donne pas au requérant un intérêt né et actuel. Il en est ainsi de la notification d'une prétention de l'Etat d'être partiellement indemnisé des conséquences d'un accident (22 novembre 1939, van Engelandt, Rec. 571). L'étude de ces espèces se rattache à la condition d'intérêt né et actuel. Souvent, d'ailleurs, les deux conditions d'existence d'une prétention de l'administration et d'existence née et actuelle de cette prétention sont confondues.

(8) 8 avril 1949, Ronzier, Table vicennale, p. 713.

(9) 20 juin 1947, Gamard, Rec. 276.

(10) 12 juin 1942, Soler, Rec. 198.

se demander si on y retrouve la même exigence d'une contestation. On peut cependant donner une vue exacte de la matière en se plaçant sur un plan plus limité : celui du « contentieux artificiel » des questions préjudicielles (11). Ce contentieux est artificiel parce que comme l'a montré le Doyen M. Hauriou « si la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire n'existait pas, le tribunal judiciaire apprécierait lui-même l'acte en vertu de la maxime que le juge de l'action est juge de l'exception ou que l'accessoire suit le principal » (12). Si l'élément de contestation est analysé de la même façon par les deux jurisprudences dans ce contentieux « artificiel », il le sera à plus forte raison dans les contentieux réels.

Les juridictions administrative et judiciaire sont tenues de surseoir à statuer lorsqu'une question d'interprétation (13) ou d'appréciation (14) de la validité d'un acte unilatéral ou bilatéral relevant de la compétence de l'autre Ordre se pose. Les deux juridictions sont cependant unanimes à constater que, lorsqu'il n'y a pas vraiment de contestation sur le sens ou la validité de l'acte en cause, il n'y a pas question préjudicielle. Le Doyen Hauriou a justement mis en évidence que les deux Ordres de juridiction se rallient à la même position : « La contestation doit exister dans le fond même du débat sur l'interprétation de l'acte et, en somme, chacune des parties doit avoir son système d'interprétation différent et sa prétention ». La jurisprudence maintient, depuis, cette solution (15). Ainsi, la Cour de cassation considère comme une caractéristique essentielle de l'acte clair, le fait qu'il ne soit pas contesté (16). Le Conseil d'Etat admet, de la même manière, que le différend existe lorsqu'il se produit une opposition des points de vue des parties en présence. Ainsi, lorsqu' « il résulte de l'instruction que le désaccord qui s'est élevé entre l'autorité concédante et le concessionnaire a créé de sérieuses difficultés pour l'application des stipulations contractuelles... » (17).

La contestation apparaît ainsi comme un élément essentiel, sans lequel le contentieux ne peut exister. L'instance n'a d'autre but que de soumettre une contestation à la justice. Elle doit se terminer par la solution de la contestation.

(11) V. Y. Lobin, « Encyclopédie Procédure civile et commerciale », Dalloz, V° Question préjudicielle.

(12) *Op. cit.*, p. 26.

(13) M. Lainé, *Le recours en interprétation devant les tribunaux administratifs*, Thèse Paris, 1930.

(14) Fliniaux, « Le recours en appréciation de validité », *Mélanges Hauriou*, p. 297.

(15) V. les conclusions Laurent sur Section, 11 mai 1956, Compagnie des transports en commun de la région de Douai, A.J. 1956.II.275 ; 22 mai 1958, Berteloot-Dehoorter, Rec. 285 ; Civ., 10 mars 1925, S. 1925.I.163.

(16) Civ., 10 mars 1925 précité.

(17) Section, 11 mai 1956 précité.

§ II. — L'INSTANCE A POUR BUT LA SOLUTION DE LA CONTESTATION.

272. — En affirmant que l'instance résoud normalement la contestation, nous n'entendons pas dire que l'instance est le seul moyen de mettre fin aux différends. Il existe d'autres voies extra-judiciaires vers cette fin. Mais dès que la justice est saisie, l'instance doit se terminer avec la solution donnée par le juge au différend qui opposait les parties. A moins que celles-ci n'aient mis fin, par un accord, au rapport juridique qu'elles avaient créé. La solution judiciaire du différend implique donc la saisine de la juridiction.

Nous avons exposé, dans notre première partie, comment cette saisine était effectuée par le demandeur. A partir du moment où l'on admet que l'instance n'est pas mise en mouvement toute seule, dès que l'on consent à ce que ce soient les parties qui l'exercent, on introduit nécessairement une appréciation, par le juge, de la situation juridique de celles-ci.

## SOUS-SECTION II

### L'instance doit avoir un intérêt pour les personnes en litige.

273. — En procédure civile, aussi bien qu'en procédure administrative contentieuse, le juge ne peut se saisir lui-même d'une contestation. On aurait pu concevoir que l'instance soit introduite par n'importe qui. La requête au juge aurait alors été l'acte condition. Elle aurait permis au magistrat d'exercer sur la contestation son pouvoir de juridiction. L'instance aurait été « populaire ». Aucune condition de relation entre la personne requérante et la contestation n'aurait été exigée. Le différend aurait été apprécié en lui-même sans aucun examen de la situation juridique du demandeur. Ce mode de saisine n'a pas été retenu en droit français. On lui reproche de multiplier sans raison les recours au juge. Il favorise les instincts processifs.

Tous les contentieux que nous étudions voient donc restreindre le nombre des personnes pouvant les introduire. Le contentieux de l'excès de pouvoir n'échappe pas à cette règle. Si, dans une situation donnée, certaines personnes peuvent soumettre une contestation au juge, alors que d'autres n'ont pas ce pouvoir, il faut en conclure que la situation juridique des différents demandeurs possibles est la base de cette discrimination.

Le nombre des personnes qui peuvent défendre à une instance est limité de la même manière (18). Seules certaines personnes sont suscep-

(18) MM. Cornu et Foyer ont eu le mérite d'insister sur ce point (*op. cit.*, p. 292).

tibles de défendre. Leur situation juridique leur permet d'accorder au demandeur, en cas de succès de sa demande, l'objet de sa prétention.

Les parties au rapport juridique qu'est l'instance, demandeur comme défendeur, doivent donc être dans une certaine situation juridique à l'égard de la contestation. Faute de quoi, le premier ne peut prétendre que le juge statue sur le fond du litige ; et le second détient le droit d'empêcher le juge de statuer au fond. Tout le problème est de percer la nature de cette relation entre les plaideurs et la contestation. La notion d'intérêt (19) exprime cette relation.

Tout ceci montre que, pour que l'instance puisse aboutir à quelque résultat, la seule qualification procédurale n'est pas suffisante. Nous savons déjà (20) comment s'apprécie cette qualification et quels sont ses effets. Il doit s'adjoindre à cette qualification, pour ainsi dire formelle, une qualification au fond. Cette dernière seule permet de restreindre le droit de former une instance aux personnes en rapport avec l'objet de la contestation. Procéduralement parlant, n'importe qui peut être en première instance demandeur ou défendeur. Dans les instances dérivées seules, la notion de qualité procédurale peut être de quelque utilité pour limiter la formation d'instances. Seules peuvent, en effet, agir les personnes qualifiées procéduralement. Une distinction doit donc être opérée entre instance principale et instances dérivées.

## § I. — L'intérêt dans l'instance principale.

274. — Le juge civil et le juge administratif sont confrontés avec un même problème : la limitation efficace et équitable du nombre des personnes pouvant saisir la justice d'un litige donné. Mais la mise en œuvre d'une solution paraît devoir rencontrer dans les deux procédures des difficultés inégales. Le recours purement objectif a été souvent confondu avec le recours populaire. Comme si la prolifération des plaideurs devant un tribunal avait quelque parenté avec la défense de la légalité. L'étude de l'intérêt nous montrera, au contraire, que dans bien des domaines, la limitation scientifique du pouvoir d'agir a été instaurée sur l'initiative du juge de l'excès de pouvoir.

Nous verrons que l'étude de la notion d'intérêt doit être envisagée sous deux aspects. Le requérant doit justifier d'une relation entre sa situation juridique et l'objet de la contestation : c'est là le domaine de l'exigence d'un intérêt direct et personnel. Il doit, d'autre part, justifier du but de l'instance. Il lui est nécessaire de démontrer qu'il est de son intérêt matériel ou moral que sa prétention soit accueillie.

(19) Garaud Louis, *L'intérêt pour agir en justice. Contribution à l'étude de la notion d'intérêt en droit positif*, Thèse, Poitiers, 1959 (dactylographiée). Bérard Lucien, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1932 (V. également sur ce point, Beaudoin, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1905).

(20) V. sur ce point notre première partie.

275. — 1°) *La situation juridique du plaideur doit lui donner intérêt direct et personnel.* — La relation entre la contestation et le plaideur est appréciée par la jurisprudence de la manière suivante. Le juge se demande si la personne en cause se trouve, de par sa situation juridique, dans un rapport direct et personnel avec cette contestation. Il déclarera, dans l'affirmative, que cette personne, ayant un intérêt direct et personnel, a qualité (21). La qualité est alors, dans cette optique, le titre qui permet au plaideur d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige. Ce titre se déduit d'une analyse de l'intérêt. La situation juridique de la personne qui agit n'est qu'un des pôles de référence de cet intérêt.

Dans d'autres hypothèses, la loi ou la jurisprudence ont déterminé les personnes titulaires du pouvoir d'agir. La fonction du juge est alors de rechercher si les personnes en cause se trouvent dans la situation juridique prévue par la loi ou par la jurisprudence. L'examen de la situation juridique, de la qualité des plaideurs, permet de répondre à la question de savoir s'ils ont, oui ou non, intérêt direct et personnel. Dans le premier cas, l'intérêt direct et personnel donnait qualité. Dans cette deuxième espèce, la qualité est ce qui donne intérêt.

Nous verrons donc que, dans certains cas, l'intérêt direct et personnel donne qualité, alors que, dans d'autres, la qualité résulte d'une attribution du pouvoir d'agir. Entre ces deux domaines, la frontière est mouvante. La jurisprudence administrative, après avoir favorisé l'introduction de la notion d'intérêt direct et personnel dans la jurisprudence civile, se rallie dans de nombreuses espèces à la notion de qualité, comme seul élément qui donne l'intérêt direct et personnel.

### A. — *L'intérêt direct et personnel donne qualité.*

276. — *a*) *La position de la jurisprudence administrative.* — Elle a été amenée à s'affirmer en raison de la présence, dans la procédure administrative contentieuse, de deux éléments particuliers : l'acte administratif et le recours pour excès de pouvoir.

277. — 1) *La présence dans la procédure administrative contentieuse de l'acte administratif pose des problèmes d'une nature particulière.* — L'acte administratif ne résume pas seulement la situation litigieuse. Il représente, dans l'instance, un élément par rapport auquel la notion d'intérêt direct et personnel s'apprécie. Mais l'acte administratif ne constitue pas un « bloc » entier à l'égard duquel le requérant se trouve toujours dans une même situation juridique. Il est divisible par son contenu et par ses répercussions.

— *L'acte administratif est divisible par son contenu.* — Un même requérant peut ne pas se trouver dans la même position juridique par

(21) Giverdon, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, Chr. 87 ; Gassin, *La qualité pour agir en justice*, Thèse, Aix, 1955.

rapport à toutes les dispositions d'un acte administratif. Telle disposition l'atteint juridiquement. Telle autre ne le touche pas, au contraire, d'assez près pour qu'il lui soit possible d'introduire une instance contre elle. En d'autres termes, une personne peut n'être recevable à attaquer qu'une partie d'un acte administratif. L'intérêt direct et personnel qui donne qualité peut ne pas exister de la même manière vis-à-vis de la totalité de cet acte.

Le Conseil d'Etat a appliqué ce principe dans un arrêt Lorentz du 2 novembre 1951 (22). Un arrêté préfectoral a réglementé la matière des hôtels non homologués. Un loueur en meublé ne peut l'attaquer que dans les dispositions qui visent les maisons garnies, à l'exclusion de celles concernant les hôtels et les auberges. Sa qualité lui donne un intérêt direct et personnel à attaquer l'arrêté préfectoral seulement en partie (23).

La signification profonde de l'arrêt Lorentz nous paraît être de contribuer à l'effacement du rôle que joue la décision administrative dans la liaison de l'instance. Si cette instance était liée par le seul fait de l'intervention d'un acte administratif et de la requête subséquente contre cet acte, c'est-à-dire, par une situation juridique où l'acte administratif jouerait un rôle prédominant, l'homogénéité de cet acte serait consacrée. La recevabilité du recours serait appréciée tout entière par rapport à cet acte considéré comme un tout.

A partir du moment où le juge se détache de l'examen du rapport acte administratif-requérant pour déterminer si la condition d'intérêt direct et personnel est remplie, et considère chacune des dispositions de l'acte, il marque sa volonté d'abaisser l'importance de la décision administrative. Il brise l'unité de l'acte administratif. Il compare chacun de ses articles à la situation juridique du requérant. Il accorde ainsi plus d'importance à cette dernière qui devient le principal point de référence de la recevabilité. La pluralité de requérants va nous montrer que la situation juridique de ceux-ci a, elle aussi, primauté sur l'acte administratif.

— *L'acte administratif est divisible par ses répercussions.* — Un acte administratif déterminé ne donne pas intérêt direct et personnel à tout le monde. C'est tout d'abord une vérité d'évidence de dire qu'à l'égard d'un même acte, certaines personnes ont qualité pour agir et que d'autres n'ont pas ce même pouvoir. Les requêtes collectives (24) mettent également en lumière la divisibilité des effets d'un acte administratif. Lorsqu'un même acte administratif est attaqué conjointement, dans une même requête, par plusieurs personnes, le Conseil d'Etat opère la distinction suivante.

(22) 2 novembre 1951, dame Lorentz, Rec. 514.

(23) V. dans le même sens, 1er février 1952, Union des chambres syndicales de l'industrie du pétrole, Rec. 76 et son interprétation par MM. FOURNIER et BRAIBANT, « Encyclopédie Droit Administratif », Dalloz, V° Recours pour excès de pouvoir, n° 176.

(24) BOSC, « Des recours collectifs en droit français », R.D.P. 1927, p. 348.

Ou bien les différents requérants se prévalent de la même qualité et, dans ce cas, la requête collective sera recevable dans sa totalité (25). Ou bien, au contraire, les requérants ne se trouvent pas dans la même situation par rapport à l'acte administratif. Dans ce cas, la requête ne sera recevable qu'en ce qui concerne le premier dénommé (26).

Le Conseil d'Etat se demande donc, pour chaque requérant, de quelle manière l'acte administratif l'atteint. L'intérêt direct et personnel doit exister pour chaque plaideur. A l'homogénéité apparente de l'acte administratif se substitue l'analyse de l'hétérogénéité de ses effets.

L'acte administratif n'est donc pas l'élément prédominant de la recevabilité. La situation juridique du requérant est l'élément essentiel de cette recevabilité. L'acte administratif reste cependant un des éléments d'appréciation de l'intérêt direct et personnel.

278. — 2) *La présence, dans la procédure administrative contentieuse, du contentieux de l'excès de pouvoir a fait surgir le problème de l'intérêt direct et personnel.* — Le recours pour excès de pouvoir tend à faire annuler une décision administrative en raison de son illégalité. Le requérant ne se prévaut pas d'un droit subjectif. Il invoque la protection générale des lois. Dans cette optique, toute personne a un droit égal à bénéficier de cette protection. Cette conception du recours pour excès de pouvoir mène droit à l'instance ouverte à tous, à l'instance « populaire ». On a voulu éviter cette action populaire. Le problème a été alors posé sur le terrain de la *recherche d'une relation entre l'acte administratif et les plaideurs.*

Aux origines du recours pour excès de pouvoir (27), cette relation est clairement établie : l'intérêt direct et personnel procède directement de la violation d'un droit par l'administration. Le Conseil d'Etat n'éprouve pas alors de difficultés pour faire respecter cette condition. Le plus souvent, les actes administratifs ne visent que des particuliers nommément désignés, « comme ces actes vexatoires n'atteignaient chaque fois qu'un particulier ou un petit nombre de particuliers désignés, l'habitude s'était établie de considérer le recours pour excès de pouvoir comme ne pouvant être exercé que contre les actes particuliers n'atteignant qu'un petit nombre de personnes ; on ne songeait pas alors à attaquer l'acte d'un préfet pour mauvaise gestion des intérêts généraux : d'où la règle de l'intérêt direct et personnel » (28). La règle

(25) 9 décembre 1949, Syndicat du personnel des Affaires étrangères, Rec. 536.

(26) Section, 30 juin 1950, Delmas et autres, Rec. 404, conclusions Delvolvé.

(27) Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue,* Thèse, Paris, 1942 ; Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir,* 1952 ; Lampué P., « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX[e] siècle, *Revue internationale des sciences administratives,* 1954, p. 359.

(28) Hauriou note au S. 1894.III.129 (v. spécialement p. 129, 2[e] colonne) sur 10 février 1893, Bied-Charreton et 10 mars 1893, Poisson (également, *Recueil des notes d'Hauriou,* t. II, p. 205).

de l'intérêt personnel a alors pour seul but d'éviter qu'une personne ne prétende représenter les intérêts généraux de l'administration. « En d'autres termes, il faut que le requérant ait un intérêt distinct de celui qu'aurait la personne administrative elle-même pour le compte de laquelle l'acte a été fait ; distinct encore de l'intérêt qu'aurait l'Etat dont les prérogatives auraient été violées » (29).

Le Conseil d'Etat va abandonner en deux temps sa position.

Tout d'abord, il se décide à admettre le recours contre les actes réglementaires. Jusqu'alors, les auteurs (30), justifiaient l'irrecevabilité du recours contre de tels actes en arguant qu'il ne s'agissait pas de décisions prenant parti entre les prétentions opposées d'administrés nommément déterminés. Ils estimaient, en conséquence, avec le Conseil d'Etat (31), qu'on ne se trouvait pas en présence d'une situation contentieuse. La Haute Assemblée, dès 1833 (32), abandonne cette solution. Elle admet donc la possibilité d'un recours contre les actes réglementaires. Or, ces actes ne désignent personne « nommément ». Il faut alors trouver un critère qui permette d'opérer une discrimination entre les personnes pouvant agir contre l'acte administratif et celles qui n'ont pas intérêt direct et personnel.

D'autre part, le Conseil d'Etat abandonne progressivement, vis-à-vis des plaideurs, l'exigence d'un droit lésé. Il admet, en premier lieu, dans tous les cas d'ouverture du recours sauf la violation de la loi, qu'un simple intérêt suffit pour former une instance. Ainsi, le Conseil d'Etat décide, le 22 juillet 1892 (33), que les habitants d'une section de commune ont intérêt à ce que le chef-lieu de cette commune ne soit pas déplacé. Or, comme le note justement Hauriou, « il serait peut-être excessif de considérer comme un droit (34)... cet intérêt. » Le Conseil d'Etat admet ensuite qu'un simple intérêt rende le requérant recevable à invoquer la violation de la loi (35).

L'admission du recours contre les actes réglementaires, de même que l'abandon de l'exigence d'un droit lésé, auraient ouvert les portes à l'action *popularis* si le Conseil d'Etat n'avait exigé des personnes en cause, qu'elles justifient d'un intérêt direct et personnel. La Haute Assemblée a cependant toujours réservé l'accès de son prétoire aux personnes justifiant d'un tel intérêt. Certes « il n'est pas nécessaire que

(29) Hauriou, note précitée.

(30) Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, 1re édition, 1843, t. I, p. 19 ; Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, 1re édition, 1842, t. II, n° 26 ; cités par Landon, *op. cit.*, p. 90.

(31) 10 janvier 1821, Dupin et Boursault c. de Chalabre, Rec., tome III, 7.

(32) 22 mars 1833, Dailly, Rec., t. V, 174 ; 5 février 1842, Férail, Rec. 50.

(33) 22 juillet 1892, Samuel, Rec. 633 (Hauriou cite cet arrêt comme étant du 13 juillet 1892).

(34) « Les éléments du contentieux », *op. cit.*, p. 35, v. très nettement dans le même sens, l'autre arrêt cité par Hauriou, 17 juin 1904, demoiselle Louis, Rec. 478.

(35) 11 décembre 1903, Lot et Molinier, S. 1904.II.113, note Hauriou ; 1er juin 1906, Alcindor, Rec. 506.

l'intérêt évoqué soit propre et spécial au requérant, mais il doit s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés, sans l'agrandir toutefois jusqu'aux dimensions de la collectivité nationale » (36).

La nature de la relation exigée entre l'acte administratif et le requérant n'est cependant pas du même ordre dans toutes les espèces. Si la personne qui forme un recours est nommément visée par l'acte administratif, il ne fait aucun doute qu'elle ait intérêt direct et personnel. Mais en dehors de ce cas simpliste, deux situations doivent retenir notre attention.

Celle de la personne qui n'a aucune relation avec l'administration antérieure à l'acte incriminé et portant sur le même objet que cet acte. Cette personne est, dans ce cas, un tiers à l'activité administrative (37).

Il y a, d'autre part, le cas du plaideur en rapport avec l'administration, en ce qui concerne l'objet de l'acte attaqué. Sa situation juridique le lie à l'administration. Il est probable qu'elle l'attache encore plus à l'acte attaqué (38).

A. — *Le recours du tiers à l'activité administrative.* — Un individu prétend former une demande d'annulation contre un acte, en étant un tiers à cet acte. Il ne sera pas recevable dans sa demande s'il ne justifie pas « d'une qualité déterminée le plaçant dans une situation particulière en raison de l'intervention de l'acte » (34). En d'autres termes, il doit justifier que l'acte administratif atteint sa situation juridique d'une autre façon que d'autres situations juridiques. La situation juridique du plaideur, élément déterminant qui permet de le distinguer d'autres individus, doit être assez particulière. Elle ne doit pas « s'agrandir... jusqu'aux dimensions de la collectivité nationale ». Elle doit être atteinte, en tant que telle, par l'acte administratif. L'objet de l'acte et, par suite, l'illégalité invoquée, doivent toucher cette situation juridique. L'intérêt direct et personnel dans le recours pour excès de pouvoir résulte donc de la violation prétendue, par un acte administratif, d'un élément de la légalité qui protège la situation juridique du plaideur.

Deux conditions doivent être remplies pour que cet intérêt existe. Le requérant doit se trouver dans une situation juridique particulière. L'acte administratif doit, *par son objet,* concerner cette situation. Si le requérant répond à cette double exigence, il a un intérêt direct et

(36) Conclusions Chenot sur 10 février 1950, Gicquel, Rec. 100.

(37) Bentz J., « Le tiers à l'acte administratif », R.P.D.A. 1958, p. 164.

(38) Une distinction du même ordre a été effectuée par M. L. Bérard (Thèse citée, p. 90). Cet auteur distingue selon que les individus sont sans lien avec l'administration (sont vis-à-vis d'elle des tiers). ou qu'ils sont, à un titre quelconque, des ayant droits vis-à-vis de l'administration. La distinction que nous effectuons dans le texte se fonde exclusivement sur la nature des relations plaideur-administration quant à l'objet attaqué.

(39) Conclusions Long sur Section, 14 février 1958, Abisset, Rec. 98 (v. notamment p. 100).

personnel qui lui donne qualité. La qualité est donc la situation juridique du plaideur qui lui permet de soumettre au juge une question déterminée.

— *La situation juridique particulière du plaideur.* — Le requérant doit voir sa situation protégée par un ensemble de libertés et garanties qui en font un citoyen à part parmi tous les autres membres de la collectivité nationale. Se sont ainsi vu ouvrir le prétoire, le contribuable communal (40), le contribuable départemental (41) et le contribuable colonial (42). Le contribuable de l'Etat ne se distingue pas des autres citoyens, aussi le recours ne lui est-il pas ouvert (43).

Un simple habitant ne justifie d'aucun intérêt direct et personnel lui donnant qualité (44). Le fait d'être habitant n'individualise pas de manière assez certaine le requérant. Mais, si cet habitant est propriétaire d'un immeuble riverain d'une rue, le Conseil d'Etat admet qu'il justifie d'un intérêt suffisant (45). De même, si cet habitant se trouve dans un territoire soumis à l'état de siège, il peut agir, sur la seule justification qu'il a domicile dans ce territoire (46).

La qualité de commerçant (47) peut donner un intérêt direct et personnel. Il en est de même pour celle de campeur. Ainsi, un sieur Abisset, qui se prévaut de sa qualité de campeur justifie « non seulement de son appartenance au groupe des randonneurs du Touring Club de France, mais encore de la pratique effective et assidue du camping. Il se trouve donc placé dans une situation particulière et non pas dans la situation quelconque de n'importe quel citoyen... ». Il peut agir (48). En définitive, comme le remarque Laferrière (49). « le recours serait non recevable pour défaut de qualité si son auteur n'invoquait pas d'autre intérêt que celui du public et de la généralité des habitants. Dans ce cas, en effet, ce n'est pas sa personne qui est en jeu, c'est la commune, la ville, la collectivité tout entière, laquelle a des représentants légaux ayant seuls qualité pour agir en son nom. En d'autres termes, tous ceux qui font partie d'une collectivité peuvent

(40) 29 mars 1901, Casanova, Rec. 333, S. 1901.III. 73, note Hauriou, Long, Weil et Braibant. 2e édition, p. 29.

(41) 27 janvier 1911, Richemond, Rec. 105, conclusions Heilbronner.

(42) 24 juin 1932, Galandou Diouf, Rec. 626.

(43) 13 février 1930, Dufour, Rec. 176 ; 4 décembre 1936, Sibille, Rec. 1065.

(44) 2 juillet 1926, Vanlaer, Rec. 685 ; Section, 2 avril 1954, Gaebele, Rec. Penant, 1954, p. 263, conclusions Laurent, note de Soto. (Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement Laurent se prononçait pour la recevabilité, mais le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi).

(45) 3 février 1905, Storch, Rec. 116, S. 1907.III.33. note Hauriou, R.D.P. 1905, p. 346, note Jèze.

(46) 23 octobre 1953, Huckel, R.J.P.U.F. 1954, p. 279, conclusions Donnedieu de Vabres, Rec. Penant 1954, p. 183, note de Soto.

(47) 5 mai 1899, Cook et fils. S. 1901.III.118.

(48) Section, 14 février 1958, Abisset, Rec. 98, conclusions Long.

(49) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édition, 1896, t. II, p. 439.

bien agir *ut singuli* à raison de leurs intérêts particuliers, mais ils ne peuvent agir *ut universi* pour la défense d'intérêts généraux qu'ils n'ont pas mission de défendre ».

— *L'objet de l'acte administratif attaqué.* — La situation juridique dont le plaideur se prévaut ne lui donne pas le droit de former un recours contre n'importe quel acte administratif. Elle lui donne seulement qualité pour attaquer les actes *dont l'objet concerne cette situation.* Ce n'est, en effet, que si cette relation est établie que le requérant justifie d'un intérêt direct et personnel (50).

Ainsi, un contribuable ne peut agir en cette qualité, que contre les actes concernant les finances de son département ou de sa commune (51). De même, un campeur ne peut agir qu'à l'égard d'un acte concernant le camping (52).

Ceci explique que le recours d'un même requérant contre plusieurs actes administratifs ne soit pas, en principe, recevable (53). Le requérant doit, en effet, se trouver dans la même situation juridique à l'égard de tous les actes attaqués. Ces actes doivent tous, par ailleurs, concerner cette situation. Aussi, le Conseil d'Etat consent à infléchir, dans certains cas, sa jurisprudence. Le requérant pourra agir par une même requête contre plusieurs actes si « pour apprécier l'influence que ces actes ont pu avoir sur la situation du requérant, il est nécessaire de les examiner non isolément, mais dans leur ensemble » (54). Tous les actes attaqués doivent atteindre le requérant en une même situation juridique.

Le rapport entre l'acte administratif et le requérant tiers se définit d'une façon simple. Il suffit de déterminer la situation exacte du requérant et d'examiner si l'acte administratif vise par son objet cette situation. Le plaideur aura alors un intérêt direct et personnel.

B. — *Le recours de l'individu lié à l'activité administrative.* — Le tiers à l'activité administrative peut invoquer la seule protection qui résulte pour lui de la légalité. L'individu lié à l'activité administrative a la possibilité de faire valoir, dans un recours, les droits qu'il tient de ses relations avec l'administration. L'intérêt direct et personnel prend alors une autre signification.

(50) Cette relation est nettement exprimée dans les conclusions Long précitées (v. notamment p. 100). Le commissaire du gouvernement parle dans cette espèce de « qualité du contribuable pour les actes générateurs de dépenses, la qualité de fonctionnaire pour les actes du Statut ». On voit nettement que le commissaire du gouvernement établit une relation entre la qualité et les actes qu'il est possible d'attaquer en cette qualité.

(51) Casanova précité.

(52) Abisset précité.

(53) V. sur ce point l'article de Bosc, « Des recours collectifs en droit public français », R.D.P. 1927, p. 348.

(54) 22 mars 1918, Truc, Rec. 299. V. dans le même sens, 10 juin 1936, Jaboin, Rec. 628 ; 25 juin 1947, Dagmez, Rec. 283 ; Section, 17 décembre 1948, Malardel, Rec. 477.

Des relations entre l'administration et le futur plaideur ont créé au profit de ce dernier des droits (55) dont il peut imposer le respect à la personne publique. Tout acte qui, *par son objet, entre dans le champ des relations préexistantes entre l'administration et le particulier,* peut être attaqué par ce dernier sans qu'on puisse lui objecter son défaut d'intérêt direct et personnel. La seule précision qui doit donc être donnée ici concerne la nature de ces relations préexistantes entre l'administration et le particulier.

La situation juridique du requérant nous paraît *créée* par ces relations préexistantes. Le plus souvent, un acte positif de l'administration est nécessaire pour investir le futur plaideur de cette situation. Ainsi, un candidat à un concours ou à une adjudication, un fonctionnaire, tirent cette qualité d'un acte de l'administration. Parfois, une simple situation de fait, une simple attitude de l'administration créent la qualité. Ainsi, le fait, pour l'administration, d'avoir des services publics crée la qualité d'usager pour ceux qui les utilisent.

Il en résulte pour les particuliers en question une situation juridique extrêmement précise et, pour ainsi dire, délimitée par l'administration. Les actes qu'ils peuvent attaquer sont délimités dans la même mesure.

Le candidat à un concours est ainsi recevable à attaquer les seules opérations du concours (56). Les fonctionnaires peuvent former un recours contre les mesures qui portent atteinte aux droits qu'ils tiennent de leur statut (57) ; mais non contre celles qui ne concernent que l'organisation du service (58). Les usagers d'un service public peuvent attaquer les décisions administratives refusant d'assurer le service, mais leurs prérogatives s'arrêtent là (59).

L'objet de l'acte administratif doit cependant atteindre *directement* la situation juridique dont le requérant se prévaut. Aussi, un décret relatif à la perception directe des amendes en matière de la police de la circulation ne porte aucune atteinte aux droits que les greffiers de police et de paix tiennent de leur statut. En admettant « que la mesure critiquée puisse avoir une répercussion sur la rémunération desdits greffiers, le préjudice ainsi allégué ne résulte pas d'une façon

(55) Nous n'entendons pas dire ici que le requérant doit justifier d'un droit pour introduire une instance. Nous nous plaçons dans le texte uniquement sur le plan de l'intérêt direct et personnel.

(56) 13 novembre 1924, Antoine. Rec. 872 ; 11 avril 1930, Centona, Rec. 437.

(57) V. par ex. 1er juillet 1955, Charles, Rec. 379, A.J. 1955.II.302. Conclusions Laurent et les observations Long, Weil et Braibant sous 11 décembre 1903, Lot, *op. cit.*, p. 49.

(58) V. par ex. 21 novembre 1952, Union fédérale des magistrats, Rec. 526 ; J.C.P. 1953.II.7385, note Sauvageot.

(59) 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli. Rec. 962, conclusions Romieu, S. 1907.III.33, note Hauriou, D. 1907.III.41, conclusions Romieu, Long, Weil et Braibant, p. 59.

suffisamment directe du décret attaqué pour rendre les requérants recevables à demander l'annulation dudit décret » (60).

*
**

279. — La différence entre le tiers et l'individu lié à l'activité administrative est nettement établie. Le premier peut agir en invoquant la protection conférée par la loi à sa situation particulière. Le second voit cette situation créée par ses rapports avec l'administration. De ces rapports naissent des droits à son profit. Il peut en imposer le respect aux personnes publiques. Dans ces deux cas, cependant, le plaideur agit pour faire respecter une certaine situation. Il n'a intérêt direct et personnel qu'à attaquer certains actes dont l'objet concerne sa situation. Il est normal, en conséquence, qu'un individu n'ait intérêt direct et personnel à faire valoir à l'encontre de l'acte administratif que des moyens tirés de l'atteinte portée à sa situation. Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il jugé que la situation de membre du Conseil supérieur de l'Education nationale ne donne le droit d'invoquer que des moyens limités (61). Les membres des corps délibérants ont intérêt direct et personnel à attaquer les décisions prises en méconnaissance des droits et prérogatives attribuées à ce corps. Il en résulte que « les membre du Conseil » (62), ne peuvent se prévaloir que d'un seul moyen : la violation des droits et prérogatives du corps dont ils font partie. C'est pourquoi le moyen présenté par un membre du Conseil « à ce sujet est le seul à l'examen duquel il y ait lieu de procéder ». (63).

La qualité est donc, en définitive, *la situation juridique du plaideur qui lui permet de soumettre au juge une question déterminée à l'aide de moyens eux-mêmes déterminés.*

Toute l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat a consisté à passer de l'examen d un intérêt direct et personnel à un examen direct de la qualité. Autrefois, à l'occasion de chaque cas d'espèce, le juge étudiait la relation situation du requérant-acte administratif. S'il y avait un rapport suffisamment étroit entre ces deux éléments, le Conseil proclamait que le plaideur avait un intérêt direct et personnel qui lui donnait qualité. Cette recherche a amené la Haute Assemblée à dégager des qualités: contribuable, électeur, fonctionnaire, etc.; chacune de ces qualités ne donne intérêt à attaquer que certains actes administratifs. Aussi, à présent, chaque fois qu'un requérant est placé dans une de ces qualités dégagées, la jurisprudence applique les règles qu'elle a tirées d'espèces analogues. Elle ne rentre plus, en fait, dans l'examen de l'intérêt direct et personnel. La « catégorisa-

(60) Section, 22 février 1957, de Chardon et autres, Rec. 123.
(61) Section, 26 octobre 1956, demoiselle Cavalier et autres, Rec. 387, A.J. 1957.II.29, conclusions Long. R.D.P. 1957, p. 154, observations de Soto.
(62) Conclusions Long précitées.
(63) Demoiselle Cavalier précitée.

tion » des requêtes amène un certain automatisme dans l'application de la notion de qualité.

La Haute Assemblée revient cependant à son analyse primitive, chaque fois qu'un plaideur invoque une nouvelle situation juridique au soutien d'un pourvoi (64). Mais, ensuite, le même automatisme de la notion de qualité apparaît dans ce domaine.

La jurisprudence a donc tendance à insister sur la notion de qualité, à développer sa portée. La qualité qui devrait apparaître comme le résultat de l'intérêt direct et personnel se confond, de plus en plus, avec la situation juridique dont le requérant se prévaut.

*
**

280. — La nature purement *objective* du recours pour excès de pouvoir n'a pas interdit à la jurisprudence de rechercher la situation juridique du requérant pour y découvrir l'intérêt direct et personnel. En réalité, dans la majorité des cas, le requérant défend sa situation juridique particulière en invoquant une violation de la légalité qui protège cette situation. Tous les requérants se trouvant dans la même position que lui, peuvent exiger la même protection. Leur intérêt direct et personnel résulte de leur situation particulière. Il ne procède pas d'un droit défini issu de cette situation. Il est uniquement la conséquence du droit qu'a chaque particulier d'exiger de la justice qu'elle protège sa situation particulière. Avant le recours au juge, ce droit est un droit d'agir. S'il est reconnu par le juge que la situation juridique du plaideur mérite la protection, il en résultera un nouveau droit pour ce dernier : l'objet de sa prétention sera la source d'un droit. C'est ce droit prétendu qui donne intérêt direct et personnel dans les espèces où le demandeur était en relations antérieures avec l'administration. Comme le remarquait Hauriou, « la prétention de droit n'apparaît nécessairement que dans l'instance, comme prétention à obtenir gain de cause, c'est-à-dire à obtenir un droit futur ». (65).

281. — 3) *Le plein contentieux s'est inspiré des solutions du recours pour excès de pouvoir.* — L'appréciation de la notion d'intérêt direct et personnel est facilitée dans le plein contentieux par le fait que, le plus souvent, la décision faisant grief a été prise sur l'initiative même du requérant. Il est alors facile de localiser l'acte administratif. Dans la plupart des autres cas, le demandeur était, auparavant, en relation pré-existante avec l'administration. Aussi, c'est toujours le *titulaire*

(64) Pour un exemple récent, v. conclusions Long sur Abisset précité.

(65) Hauriou, « Les éléments du contentieux », Rec. de législation de Toulouse. 1905, p. 43.

du droit (66) qui doit agir (67), ou la personne à laquelle il a été valablement transmis par décès (68), cession (69) ou subrogation. Ainsi, une compagnie d'assurances est recevable à intenter une action contre une commune à raison d'un dommage de travail public, si les héritiers de la victime d'un accident ont, par quittance donnée à cette compagnie, consenti à son profit une subrogation (70). Mais il faut insister sur le fait que, hors ces cas exceptionnels, le titulaire du droit est dans le contentieux de la responsabilité, celui même qui a subi le préjudice invoqué (71). On ne rencontre pas les mêmes difficultés qu'en excès de pouvoir. L'application de solutions reçues dans ce dernier domaine : c'est-à-dire l'examen des relations préexistantes entre l'administration et le particulier, résoud par elle-même le problème de savoir si ce dernier est titulaire d'un droit. Dans ce contentieux, le problème le plus délicat n'est pas celui de la recherche de l'intérêt direct et personnel, mais celui de la détermination de l'intérêt matériel ou moral.

282. — *b*) *La position de la jurisprudence judiciaire.* — Elle ne peut se résumer tout entière dans l'examen des contentieux subjectifs. Il existe également des contentieux objectifs en procédure civile. L'action en nullité d'un acte juridique est un exemple indiscutable d'un tel contentieux (72). M. Giverdon a cependant justement montré qu'en procédure civile, il n'y a pas « de différence de principe, du moins quant à la manière d'aborder le problème entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif » (73). Aussi pourrons-nous les étudier conjointement.

La jurisprudence administrative a entraîné la jurisprudence judi-

(66) Ainsi, M. le Conseiller d'Etat R. Odent affirme à propos du contentieux de la responsabilité (Contentieux administratif 1957-58, p. 705), « Toutes les personnes lésées dans leurs droits par un dommage répondant aux conditions examinées et imputable à une activité administrative susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique, peuvent prétendre à réparation. Les intéressés doivent donc invoquer un droit lésé ». De même, MM. Duez et Debeyre soutiennent « Il faut que le requérant soit titulaire d'une situation juridique particulière, qu'il puisse invoquer avoir un droit particulier à quelque chose, qu'il puisse invoquer la nécessité de se faire protéger contre la violation d'un droit particulier qu'il possède ».

(67) V. par ex. Section, 15 juillet 1957, Ville de Royan, R.D.P. 1958, p. 123, conclusions Lasry. L'arrêt affirme à propos de l'intervention (mais ceci est à plus forte raison valable pour le recours principal) « dans les litiges de plein contentieux, sont seules recevables à former une intervention les personnes qui se prévalent d'un droit auquel la décision à rendre est susceptible de préjudicier ».

(68) 17 juillet 1950, Mouret, Rec. 447 D. 1951.J.221, note J.G., S. 1950.III.120.

(69) 9 décembre 1927, consorts Gargiulo, Rec. 1198.

(70) V. par ex., 28 novembre 1934, Compagnie d'assurances La Bourgogne, Rec. 1126.

(71) Sur tous ces points, v. R. Chapus, *« Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire,* Thèse, Paris, 1952 p. 483.

(72) Pour d'autres exemples, v. J. Vincent, *Encyclopédie Procédure civile et commerciale,* V° Action, n°s 28 et suiv.

(73) Cl. Giverdon, note sous Tr. civ. Seine, 19 juin 1957, J.C.P. 1958.II.10718.

ciaire dans son sillage. Elle lui donnait l'exemple d'une méthode de recherche scientifique de l'intérêt direct et personnel que la crainte de l'action *popularis* lui avait fait rechercher. Comme le notent MM. Cornu et Foyer (74), « l'exigence d'un intérêt personnel et direct apparut d'abord (XIX[e]) dans le contentieux administratif comme condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, d'où elle est passée dans la jurisprudence civile. Pour le filtrage des demandes, la notion est sans égale (d'où son origine et son succès) ». Il en résulte une imitation par la jurisprudence civile du processus de recherche de l'intérêt employé dans la procédure administrative contentieuse. Dans les deux domaines, il s'agit toujours « de rechercher si, eu égard à la nature de la question litigieuse, l'auteur de la demande est bien dans une situation juridique qui lui permet de la soumettre au juge » (75). L'examen de la jurisprudence judiciaire est donc double. Elle recherche si, d'une part, le requérant se trouve dans une situation juridique particulière, nettement individualisée. Elle se demande, ensuite, si la contestation entre les plaideurs se rapporte, par son objet, à cette situation.

C'est à propos d'un contentieux quasi objectif que la jurisprudence judiciaire a introduit dans son domaine la notion d'intérêt direct et personnel. Il s'agissait de savoir si le riverain d'une voie publique avait qualité pour demander réparation du dommage que lui causait le stationnement dans cette voie de voitures et de chars appartenant à un tiers. On objectait au riverain que la police de la voie publique appartenant à l'administration, celle-ci, seule, aurait qualité pour poursuivre les contraventions commises sur la voie publique et s'opposer aux abus. On lui reprochait donc de ne pas justifier d'un intérêt direct et personnel. On sent poindre sous cet argument le principe selon lequel, pour agir, il faudrait justifier d'un droit, être le sujet d'un droit. Le riverain est dans la même situation que tous les autres riverains. Il ne peut se prévaloir d'un droit précis, mais d'une liberté générale qui appartient à tous les citoyens.

La Cour de cassation rejette cette argumentation. Elle reconnaît la qualité du demandeur (76). La Cour essaie bien, dans cette espèce, de rattacher la possibilité de former cette instance à un droit déterminé : le droit de vue. Mais elle la relie également à « la facilité et... la sécurité d'accès sur l'un des côtés de son habitation ou de ses dépendances », c'est-à-dire, en fait, à une liberté générale. Si donc, à l'origine, la Cour de cassation ne trouve pas la limitation de l'action dans un droit précis, elle emploie la méthode même du Conseil d'Etat. Elle recherche si le requérant se trouve bien dans une situation particulière (en l'espèce, celle de riverain). Elle se demande, ensuite, dans quelle

(74) Procédure civile, Thémis 1958, p. 299.
(75) GIVERDON, note précitée.
(76) Req., 1[er] mai 1912, S. 1913.I.31.

mesure l'objet de la contestation touche cette situation. Elle apprécie, de cette manière, si le plaideur justifie d'un intérêt direct et personnel lui donnant qualité.

Une recherche supplémentaire préoccupe la jurisprudence civile : la recherche du défendeur qualifié. En matière administrative, la question de savoir quelle est la personne qui détient le pouvoir de satisfaire la prétention du demandeur se résoud facilement. L'acte administratif a déterminé le point de vue de la personne administrative. Sauf les difficultés nées de la pluralité des personnes morales publiques, le défendeur qualifié se retrouve aisément. Ce qui explique qu'on ne retrouve pas dans les arrêts de considérant concernant la qualification du défendeur (77). Dans la procédure civile, aucun acte antérieur à l'introduction de la demande ne permet de présumer que le défendeur attaqué est bien le défendeur qualifié. Aussi, la jurisprudence recherche-t-elle si ce défendeur est qualifié. Elle ne parle de demandeur qualifié que par rapport à une certaine personne. Dans l'espèce étudiée, la Cour de cassation ne donne droit d'agir au requérant que contre deux personnes déterminées. Ce sont les personnes qui ont le pouvoir de satisfaction.

283. — La jurisprudence judiciaire a cependant insensiblement évolué vers une notion plus restrictive de l'intérêt direct et personnel. La situation juridique dont le requérant doit se prévaloir s'est bientôt ramenée à un *droit* (78). L'intérêt direct et personnel existe parce que le plaideur est le sujet du droit contesté. La Cour de cassation exige toujours que le requérant se prévale d'un droit. Cette jurisprudence laisse cependant deux problèmes en suspens.

Tout d'abord, le plus souvent, dans le contentieux privé, la situation litigieuse à résoudre provient « de la méconnaissance prétendue du droit subjectif de la partie qui agit ». Mais ceci ne résoud pas le problème. « Il convient, à l'effet d'apprécier la recevabilité de la demande, de rechercher si, *a priori*, cette partie est dans une situation telle, par rapport au droit, que celui-ci lui procurera la satisfaction qu'il désire » (79). Tout le problème est justement de savoir si le titulaire du droit est bien le demandeur. Or, *pour cette appréciation, nous sommes ramené* — si l'on peut dire — *au droit commun administratif*, c'est-à-dire à l'examen de la relation contestation-situation juridique du plaideur. L'exigence d'un droit ne résoud donc pas la question d'un intérêt direct et personnel.

D'autre part, on peut se demander si le mot droit est toujours entendu de la même façon.

(77) Il faut ajouter en cela que dans le recours pour excès de pouvoir, le fait de ne pas parler de la qualification du défendeur témoigne d'une politique jurisprudentielle voulant éviter la « subjectivisation » de ce recours.

(78) V. par ex., Civ., 8 octobre 1953, Droit social 1954, p. 342, note Hébraud ; Civ., 1er juillet 1955, Droit social 1955, p. 657.

(79) Giverdon, note précitée.

Comme le remarque le Professeur Hébraud (80), « si certains arrêts songent à un droit nettement précisé avant l'exercice de l'action qu'il conditionne, d'autres se contenteraient peut-être d'un droit qui ne prendra figure que par la sanction que lui procurera l'exercice de l'action... L'essentiel serait, dans cette seconde perspective, l'intérêt. La protection juridique de celui-ci, qui l'érigera en droit, étant plus un effet qu'une condition de l'action ». Le Professeur Hébraud pense que la première solution a seule les faveurs de la jurisprudence. On peut, cependant, se demander si, dans certaines hypothèses, l'exigence d'un droit n'est pas purement nominale.

Ainsi, on a soutenu que pour pouvoir introduire une action en contestation de nom, il allait justifier d'un droit. Mais le Professeur P. Kayser a justement montré que « le droit de porter un nom se prouve le plus souvent devant les tribunaux civils, par la longue possession de ce nom par la famille du demandeur » (81). Le droit, à proprement parler, n'existe donc pas avant l'introduction de la demande. La seule chose dont le requérant puisse se prévaloir dans sa demande est sa situation juridique par rapport au nom résultant de la longue possession, mais non pas d'un droit au nom. On voit alors mal la différence qu'introduit dans l'appréciation de l'intérêt direct et personnel la substitution de la notion de droit à celle de situation juridique particulière.

284. — c) *Comparaison des solutions retenues par les deux jurisprudences.* — Les techniques employées par les deux jurisprudences nous sont apparues comme rigoureusement semblables. La jurisprudence civile s'est servie de l'arme de l'intérêt direct et personnel, que l'extension du contentieux de l'excès de pouvoir avait fait découvrir au Conseil d'Etat. Cette arme vise à empêcher que « n'importe qui puisse se pourvoir contre n'importe quoi ».

La notion d'intérêt direct et personnel, qu'il s'agisse d'un contentieux objectif ou subjectif, qu'elle ait à être appliquée en procédure civile ou administrative contentieuse, s'apprécie toujours par rapport à deux éléments. L'un concerne la situation juridique particulière du requérant, l'autre l'objet de la contestation. En procédure administrative contentieuse, le second élément se retrouve dans l'acte administratif. Mais nous avons montré qu'en définitive le voile de l'acte administratif ne peut cacher le fond du débat.

La seule marge de variation tient à une appréciation, plus sévère dans le contentieux subjectif que dans le contentieux objectif, plus encore dans le domaine civil que dans le domaine administratif, de la nature de la relation entre l'objet de la contestation et la situation

(80) Observations à la Rev. trim. dr. civ. 1957, p. 165.

(81) P. KAYSER, « La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative », Rev. trim. dr. civ., 1959.

juridique du plaideur (82). Variation qui tient plus de la politique jurisprudentielle que des principes juridiques. La limite est la confusion entre les deux éléments. Le droit subjectif définit la situation juridique du plaideur et constitue en même temps l'objet de la contestation.

Nous avons cependant montré qu'en excès de pouvoir, le juge se réfère de plus en plus souvent à la notion de qualité sans examiner si le requérant a vraiment un intérêt direct et personnel. Le droit de mettre en cause la légalité des actes administratifs appartient de plus en plus à des catégories d'individus pris « es qualités » qu'à des individus examinés dans leur situation juridique particulière. La qualité devient ainsi une attribution de compétence (83). La même attribution de compétence se retrouve lorsque le droit d'introduire une demande est reconnu indépendamment de tout intérêt direct et personnel.

285. — B. — *Les exceptions à la règle de l'intérêt personnel résultent d'une attribution du pouvoir de mettre la justice en mouvement.* — La loi et la jurisprudence ont admis, dans certains cas, qu'une personne physique ou morale puisse agir sans avoir un intérêt direct et personnel. On a entendu ainsi permettre à des intérêts de se faire valoir judiciairement, bien que la personne au bénéfice de laquelle ils existent ne puisse se prévaloir d'une situation juridique suffisamment individualisée en rapport avec ses intérêts. L'attribution à cette personne du pouvoir d'introduire une instance est alors la seule cause qui légitime l'instance. La qualité ne résulte plus d'un examen de la situation juridique du plaideur ou, plus exactement, cet élément passe au second plan. La qualité s'apprécie par rapport à cette « attribution de compétence ». (84).

Il en est ainsi dans deux séries d'hypothèses. Dans certains cas, le législateur ou la jurisprudence sont intervenus pour transférer le pouvoir d'agir d'une personne à une autre. La qualité garde un aspect individuel. Dans d'autres hypothèses, la qualité est reconnue indépendamment de tout lien individuel. Elle devient une prérogative d'intérêt collectif.

286. — *a) La qualité, prérogative d'intérêt individuel.* — La loi atribue parfois, elle-même, la compétence nécessaire pour agir à une personne déterminée. Ainsi, seul le père a le pouvoir d'introduire une instance en désaveu. La loi détermine la situation juridique dans la-

(82) Le professeur P. Kayser a clairement montré (article précité, pp. 15 et suiv.) que la qualité dans l'action en contestation de nom (devant les tribunaux judiciaires) et la qualité dans l'opposition à un décret de changement de nom (devant les tribunaux administratifs) sont deux notions sans aucune différence de principe.

(83) On ne peut nier qu'à ce point de vue, la tendance objective du recours pour excès de pouvoir soit réconfortée.

(84) GIVERDON, Chronique précitée.

quelle il faut se trouver pour bénéficier de cette attribution de compétence. Mais une fois admis que le plaideur se trouve dans cette situation juridique, il n'y a pas à rechercher si elle lui donne intérêt direct et personnel. La qualité résulte directement du fait que la situation juridique du plaideur est bien celle prévue par la loi.

Le législateur intervient parfois pour interpréter de manière étroite la notion d'intérêt direct et personnel. Il s'agit d'une matière ayant un caractère « personnel ou familial assez marqué pour exclure toute ingérence d'autrui, toute immixtion étrangère » (85). Mais, le plus souvent, c'est une interprétation extensive de l'intérêt direct et personnel qui est donnée. Plusieurs catégories de personnes se voient ouvrir le prétoire, qui n'auraient pu normalement y accéder. Ainsi, le contribuable est autorisé à exercer les actions de la commune, la mère reçoit le pouvoir d'introduire une demande en recherche de paternité au nom de l'enfant mineur. Cependant, dans ces espèces, la prérogative accordée à ces personnes n'a pas d'effet direct pour la personne qui en bénéficie. Elle joue uniquement à l'avantage de la personne « représentée ». La qualité devient vraiment une prérogative d'intérêt individuel lorsque le plaideur qui la reçoit bénéficie, dans son patrimoine, des effets de la chose jugée sur son initiative.

Ainsi, l'article 1166 du Code civil prévoit que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Il donne ainsi qualité à une personne qui ne possède pas un intérêt direct et personnel. Il transfère la qualité du débiteur sur la tête du créancier. Le Conseil d'État accepte (86), après quelques tergiversations (87), d'appliquer l'article 1166. Comme l'a remarqué le commissaire du gouvernement Chardeau, en vertu de quel privilège les collectivités publiques échapperaient-elles à l'application de l'article 1166 ? On peut dire qu'aucun intérêt public ne s'y oppose réellement. Le transfert du pouvoir d'agir a donc été admis devant les tribunaux administratifs en application des principes du Code civil (88).

Il y a bien, dans ce cas, attribution d'une prérogative à un plaideur : celle de défendre un intérêt direct et personnel qui n'est pas le sien.

287. — b) *La qualité, prérogative d'intérêt collectif.* — Des personnes morales se sont vues investir de la prérogative de former des

(85) Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 287.

(86) Section, 21 juin 1957, Dupuy, A.J. 1957.I.49, conclusions Chardeau, A.J. 1957.II.332, note P. Sillard.

(87) Admission tout d'abord (23 juin 1916, Ministre des Travaux publics, Rec. 249 ; 18 mars 1927, Fauvet, Rec. 360), puis refus (17 mars 1944, Lhoste, Rec. 92).

(88) M. Chardeau remarque justement, « De toute façon, ces collectivités n'auront pas à payer plus qu'elles ne doivent, le créancier exerçant l'action, par représentation de l'entrepreneur, n'aura pas plus de droits que celui-ci et pourra se voir opposer par l'Administration les mêmes exceptions ».

demandes sans avoir à justifier d'un intérêt personnel. Mais toute condition de relation entre l'intérêt et la personne requérante ne disparaît pas pour autant. Cette dernière doit justifier d'un intérêt collectif. La jurisprudence des deux Ordres de juridiction s'est bien gardée de proclamer la recevabilité de principe des demandes formées dans un intérêt collectif. La recevabilité n'existe que dans des limites déterminées par le législateur ou le juge (89).

*Le Conseil d'Etat* a servi, dans ce domaine, de guide à la jurisprudence civile. Le problème de la recevabilité de la demande d'intérêt collectif s'est posé à propos de la détermination des limites de la qualité pour agir des syndicats. La loi du 21 mars 1884 avait précisé dans son article 3 les buts poursuivis par les syndicats. Quelles fins ceux-ci pouvaient-ils prétendre réaliser judiciairement ?

Le Conseil d'Etat a précisé la mesure de la recevabilité des demandes formées par les syndicats. Dans un arrêt du 29 juin 1900 (90), il déclare que les syndicats peuvent agir dans l'exercice de leur mission. Puis les célèbres conclusions Romieu sur l'arrêt Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges (91) définissent clairement l'action syndicale comme « celle que le syndicat exerce en son nom propre comme personne civile chargée de la défense des intérêts collectifs dont elle a la garde... ; il faut, pour qu'elle puisse exister, qu'il s'agisse d'un intérêt professionnel collectif et que les conclusions ne contiennent rien ayant un caractère purement individuel ».

Le critère était trouvé dans l'examen de l'objet du syndicat : défense d'une profession déterminée, défense des intérêts collectifs des membres de la profession et non pas de l'intérêt de tel ou tel membre. La distinction préconisée par Romieu est encore aujourd'hui celle adoptée par la jurisprudence. Un syndicat de fonctionnaires peut ainsi agir contre une disposition statutaire (92), mais non contre une mesure disciplinaire qui n'intéresse directement que la personne qui a été frappée (93).

*La Cour de cassation* a longtemps hésité avant d'admettre la recevabilité de l'action syndicale dans les mêmes termes que le Conseil d'Etat. Elle se demandait si l'on pouvait valablement reconnaître au syndicat une aptitude à défendre l'intérêt collectif de la profession (94).

(89) Comme le notent MM. Cornu et Foyer (*op. cit.*, p. 350) si la jurisprudence « décourage un peu le zèle de ses collaborateurs bénévoles plus vindicatifs que le procureur de la vindicte publique, c'est parce que la journée d'un magistrat n'a que vingt-quatre heures ».

(90) 29 juin 1900, Syndicat agricole d'Herbloy, S. 1903.III.1.

(91) 28 décembre 1906, Rec. 977, conclusions Romieu, S. 1907.III.23, conclusions Romieu.

(92) 10 février 1933, Association amicale du personnel de l'administration centrale du ministère de l'agriculture. Rec. 193.

(93) 13 janvier 1950, Union générale des fédérations de fonctionnaires, Rec. 26.

(94) V. la jurisprudence citée par Glasson, Tissier et Morel, « Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile », 3e édition, Sirey, 1925, t. I, p. 450.

Un arrêt des Chambres réunies va transposer, dans le domaine civil, la solution administrative. Le 5 avril 1913, la Cour de cassation reconnaît aux syndicats le droit « de se porter partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent » (95). L'action syndicale et l'action individuelle vont être ensuite distinguées en procédure civile, à l'aide des critères employés par Romieu devant le Conseil d'Etat. Le 28 novembre 1916, la Cour de cassation précise : « L'action syndicale... vise l'atteinte portée aux intérêts collectifs de la profession, tandis que l'action individuelle ne poursuit dans le fait illicite que l'atteinte portée aux droits d'une propriété particulière... Par l'action qu'il a introduite, le syndicat ne se propose pas de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs membres, mais bien d'assurer la protection des intérêts collectifs de la profession envisagée dans son ensemble (96). »

La loi du 12 mars 1920, sur la base de ces principes admis par les deux jurisprudences, modifiera la loi du 21 mars 1884. Elle admet désormais que les syndicats « peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

Les deux jurisprudences se retrouvent donc pour limiter l'action syndicale à la défense des intérêts collectifs de la profession. La qualité n'est attribuée au syndicat que dans ces limites. Il est cependant difficile, malgré l'apparente clarté des définitions, de déterminer avec précision ce qui est exactement intérêt de la profession. La Chambre criminelle a tendance à enfermer dans des limites étroites la mission des syndicats. Il en est notamment ainsi pour l'intérêt moral (97).

La qualification reconnue aux syndicats les dispense d'avoir à justifier d'un intérêt personnel. Elle ne les dispense pas pour autant d'avoir à prouver un intérêt direct. Ausi, la jurisprudence interdit-elle aux groupements le droit d'agir pour défendre des intérêts qui ne concernent qu'une partie géographiquement limitée de leurs adhérents. Cette catégorie spéciale de membres « est, ou pourrait être, représentée par une organisation spéciale » (98).

288. — Une particularité de la jurisprudence civile doit être signalée. Le Conseil d'Etat admet la recevabilité de l'action des associa-

(95) S. 1920.I.49, note Mestre A., D.P. 1914.I.65, note Nast.
(96) S. 1920.I.49.
(97) P. Durand, « Défense de l'action syndicale », D. 1960. chr. 22.
(98) En procédure civile, v. Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 343. En procédure administrative contentieuse, v. Section, 5 juin 1953, Syndicat des commerçants importateurs et exportateurs de l'A.E.F., Rec. 270 ; 4 octobre 1955, Union de la propriété bâtie de France et Chambre syndicale des propriétaires de Dijon et de la Côte d'Or, Rec. 481 ; Section, 12 juillet 1955, Fédération nationale des cadres des transports, Rec. 427 ; 28 octobre 1955, Union générale des fédérations

tions dans la même mesure que celle des syndicats (99). La solution retenue en procédure civile est au contraire plus restrictive. Tout d'abord, parce que les juridictions civiles sont beaucoup plus attachées aux textes que les tribunaux administratifs. Or, s'il existe quelques lois particulières donnant qualité pour agir aux associations, aucun texte général, du type de la loi du 12 mars 1920, ne confère qualité aux associations pour défendre un intérêt collectif (100). D'autre part, un ensemble d'associations se sont constituées dans des buts extrêmement généraux, comme la défense de la moralité publique. Elles essaient de contrecarrer les activités contraires à ces buts. Mais il existe un défenseur des intérêts généraux de la collectivité : le ministère public. On ne peut admettre qu'une personne privée prétende remplacer ce personnage. Aussi, la jurisprudence leur refuse-t-elle le droit d'agir, sauf lorsqu'un texte spécial les a qualifiées (101). Ainsi, « une action tendant à assurer le respect de l'idéal de la Résistance ou à défendre ses valeurs morales déborde nécessairement les intérêts des membres d'une association... si représentative soit-elle, aucune association de résistants n'est qualifiée pour défendre en justice les intérêts moraux de la résistance..., l'action populaire n'existe pas dans notre législation actuelle où l'intérêt général s'y traduit exclusivement par l'action du ministère public » (102).

Par conséquent, seules peuvent agir, en procédure civile, les associations légalement qualifiées pour la défense des intérêts généraux en considération desquels elles ont été légalement constituées (103).

*
* *

289. — En procédure civile, la défense de l'intérêt général est conférée, dans certains cas, au ministère public. En dehors des espèces prévues par les textes, la jurisprudence ne reconnaît la qualité pour

de fonctionnaires, Rec. 774. V. également les conclusions Grévisse sur Assemblée, 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie et autres, A.J. 1958.II.130. V. également LONG, WEIL et BRAIBANT, *op. cit.*, p. 64. En excès de pouvoir, le Conseil d'Etat admet l'intervention du syndicat à l'appui d'un recours formé dans un intérêt individuel. V. NGUYEN QUOC DINH, « L'intervention dans le recours de pouvoir », R.D.P. 1946, p. 389.

(99) « Encyclopédie Droit administratif », Dalloz, V° Recours pour excès de pouvoir, n° 246.

(100) J. AUDINET, « La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations », Rev. trim. dr. civ., 1955 p. 213 ; VOUIN, « De la recevabilité de l'action « syndicale » des associations », J.C.P. 1955.I.1207.

(101) V. les exemples cités par VINCENT J., « Encyclopédie procédure civile et commerciale », Dalloz, V° Action, n° 87.

(102) Tr. civ. Seine, 19 juin 1957, J.C.P. 1958.II.10718, note Giverdon. (Il s'agissait d'une instance introduite par la Confédération nationale des Combattants volontaires de la Résistance contre l'Association pour la défense de la mémoire du Maréchal Pétain à l'effet de faire prononcer la nullité et la dissolution de cette dernière.)

(103) Crim., 11 février 1954, D. 1955.J.287, rapport Patin, J.C.P. 1954.II.7994.

agir du ministère public que dans les espèces qui intéressent l'ordre public (104). Elle considère, à juste raison, que l'attribution du pouvoir d'agir doit être interprétée restrictivement. La question ne se pose pas en matière administrative. Il n'existe pas en effet de ministère public devant les juridictions de droit commun. Les juridictions administratives d'exception connaissent cependant, dans certains cas, une sorte de ministère public, auquel est attribué qualité pour agir (105). Ainsi, en vertu d'un texte, le commissaire du gouvernement auprès du conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables se voit reconnaître cette qualité pour défendre des intérêts déterminés (106). Mais le but de cette intervention ne se rapproche pas des fins poursuivies par le ministère public devant les tribunaux judiciaires, « le ministère public auprès des juridictions spécialisées prend en charge certains intérêts administratifs pendant toute l'évolution du litige. Il ne s'agit pas des intérêts les plus généraux de l'administration mais des intérêts spécialisés. Par là, sa mission s'écarte de celle du ministère public judiciaire qui, même lorsqu'il agit comme partie principale, représente toujours l'intérêt général (107) ». La qualité pour agir du ministère public existe donc, de manière plus étroite qu'en procédure civile (108).

(104) Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 334, v. Civ., 17 décembre 1913, D.P. 1914.I.261, note Binet, S. 1914.I.153, S. 1914.I.153, note Raden de Couder ; Req., 4 novembre 1946 S. 1947.I.43.

(105) Dupeyroux O., *Le ministère public auprès des juridictions administratives. L'évolution du droit public* (Etudes offertes à A. Mestre) p. 179.

(106) V. par ex. 8 janvier 1959, Commissaire du gouvernement près le conseil supérieur de l'Ordre des experts comptables, D. 1960.J.42, note Debbasch Ch.

(107) Dupeyroux, étude précitée, p. 190.

(108) Un recours dans l'intérêt de la loi existe en matière civile et en procédure administrative contentieuse. Le procureur général près la Cour de cassation peut saisir cette dernière « lorsqu'il apprend qu'il a été rendu en dernier ressort une décision contraire aux lois ou aux formes de procéder ». Ce pourvoi peut être introduit sans condition de temps. Il n'a aucun effet même si la cassation de la décision attaquée est prononcée (Req., 12 août 1878, D.P. 1879.I.78). Dans la procédure administrative contentieuse (v. Gabolde, « Evolution du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative, D. 1958, chr. 81). Ce recours dans l'intérêt de la loi est réservé aux ministres. Ceux-ci peuvent requérir l'annulation dans l'intérêt de la loi des jugements des juridictions administratives. Comme le note M. le Conseiller d'Etat R. Odent, C. Contentieux administratif 1957-58, p. 522, « Le recours dans l'intérêt de la loi qu'aucun texte ne prévoit, est une voie de droit ouverte aux Ministres devant toutes les juridictions souveraines » (v. dans ce sens, 6 juillet 1950, Ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme, Gaz. Pal. 1950.II.429, concl. René Martin). A l'image du recours dans l'intérêt de la loi en procédure civile, il n'est possible que si une violation ou une fausse interprétation de la loi est imputable à la juridiction qui a rendu le jugement attaqué. Les faits ne peuvent être remis en question (20 décembre 1872, Ministre des travaux publics, D.P. 1873.III.55). Cependant, à la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat a admis le recours dans l'intérêt de la loi formé contre les motifs d'un jugement (Section, 12 juin 1959, Ministre des Affaires économiques et financières c. Filaire, A.J. 1959.II.191).

290. — 2° *Le plaideur doit être atteint dans ses intérêts matériels ou moraux.* — Le lien exigé entre le plaideur et la contestation permet de rejeter hors du prétoire les parties, au sens procédural, qui ne sont pas, au fond, des parties à la contestation. Il permet de faire coïncider la procédure et le fond, la forme et la réalité. Après l'examen de la qualité, le juge se retrouve devant des parties *au litige*. A l'égard des personnes qualifiées, son intervention se justifie : elle n'est pas inutile, puisque le litige est causé par l'antagonisme de ces parties. Il y a cependant, de la personne qualifiée à la personne définitivement recevable à agir, toute la distance qui sépare le conseil juridique du juge. Le juge ne donne pas de consultations. Son seul rôle est de trancher des litiges nés entre les parties qualifiées, qui atteignent celles-ci dans leurs intérêts matériels ou moraux. C'est là le domaine de la règle : « pas d'intérêt, pas d'action ». La solution de l'instance doit pouvoir amener une amélioration de la situation juridique du demandeur. Ce qui implique que celle-ci soit atteinte et que cette atteinte soit actuelle.

291. — A. *La lésion d'un intérêt matériel ou moral* — On a souvent confondu l'intérêt dont doit justifier le plaideur avec la qualité. Il s'agit là cependant, à notre avis, de deux notions distinctes. La qualité résulte de la nature du rapport unissant la contestation et le requérant. La lésion est le résultat de ce lien. Le requérant, parce qu'il est en rapport étroit avec la contestation, peut être atteint dans sa situation juridique. L'intérêt matériel ou moral naît de cette lésion. Mais il n'est pas apprécié par le demandeur. Le juge dispose de ce pouvoir d'appréciation. Dans la recherche de la qualité, il se demandait si le requérant pouvait être le destinataire de la chose jugée. Ici, il examine si le demandeur peut être le *bénéficiaire* de la chose jugée.

292. — a) *La jurisprudence judiciaire.* — Elle attache à la notion de lésion d'un intérêt une double signification.

Elle entend tout d'abord exprimer par là que la prétention du demandeur doit être susceptible de satisfaction dans l'état actuel du droit. C'est-à-dire, qu'une protection juridique doit être accordée à la situation dont se prévaut le requérant : son intérêt doit être juridique et légitime (109). La protection juridique se ramenait bien souvent, pour la jurisprudence, à l'exigence d'un droit. Le plaideur devait justifier d'un droit lésé pour agir. La concubine se voyait, pour cette raison, écartée du prétoire dans sa demande de dommages et intérêts à la suite de la mort accidentelle de son amant. La Chambre civile de la Cour de cassation pose ce principe, par un arrêt du 27 juil-

(109) MAZEAUD H., D. 1954, chr. 39, « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile ».

let 1937 (110). Elle exige que le « demandeur d'une indemnité délictuelle ou quasi délictuelle » justifie « non d'un dommage quelconque, mais de la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé ». Or, il lui apparaît que les relations établies par le concubinage « ne peuvent, à raison de leur irrégularité même, présenter la valeur d'intérêts légitimes juridiquement protégés... susceptibles de créer des obligations à la charge des concubins, elles sont *impuissantes à leur conférer des droits* (111) à l'encontre d'autrui, et notamment, contre l'auteur responsable de l'accident survenu à l'un d'eux... ». A raison de l'absence de ce lien de droit, la jurisprudence déclarait irrecevable l'action de la fiancée à la suite de la mort de son fiancé (112).

Le détachement de la notion de droit et de celle de situation juridique susceptible d'être protégée a cependant été opérée récemment par la Chambre criminelle. A trois reprises, la Chambre criminelle a admis la recevabilité de demandes tendant à la protection de situations qu'aucune protection juridique, au sens où la Cour de cassation l'entendait antérieurement, n'entourait. Elle a, tout d'abord, admis l'action en dommages-intérêts intentée par un enfant adultérin (113). Puis, la recevabilité de l'action formée par une fiancée contre l'auteur de l'accident mortel survenu à son fiancé a été proclamée (114). Enfin, l'action de la concubine a été admise (115). Dans les deux premières de ces espèces, la Cour de cassation se rattache à des notions de fait : entretien de l'enfant adultérin, préparatifs et imminence du mariage pour la fiancée. L'arrêt concernant la concubine se réfère à la perte pour celle-ci « de tous ses droits sur un fond, à l'exploitation duquel elle contribuait comme une véritable associée de fait ».

Dans l'ensemble de ces espèces, la Cour de cassation abandonne l'exigence d'un droit. La notion de situation juridiquement protégée — bien qu'elle ne se retrouve plus dans ces arrêts (115) — nous paraît devoir être maintenue avec un sens nouveau. L'objet de la demande doit être susceptible de protection de la part du juge. Ce dernier doit avoir le pouvoir de satisfaire éventuellement la demande en l'état du droit existant. C'est là une question de recevabilité. Tout le problème de fond est de savoir s'il la satisfera ou non.

Si l'intérêt satisfait à cette condition, il sera protégé, qu'il ait un aspect matériel ou moral. Ainsi, le porteur d'un nom a intérêt à empê-

(110) Civ., 27 juillet 1937, D. 1938.I.5, note Savatier R., S. 1938.I.321, note Marty G.

(111) C'est nous qui soulignons.

(112) Civ., 19 octobre 1943, D.C. 1944.J.14, note Lalou, S. 1945.I.1, note Chartrou, J.C.P. 1945.II.2893, note Rodière.

(113) Crim., 6 juillet 1955, J.C.P. 1955.II.8917, Gaz. Pal. 1955.II.159.

(114) Crim., 5 janvier 1956, J.C.P. 1956.II.9146, D. 1956.J.216.

(115) Crim., 22 novembre 1956, Gaz. Pal. 1957.I.175.

(116) On la confondait en effet avec la notion de droit, abandonnant l'exigence d'un droit la Cour de cassation abandonne en même temps la notion de situation juridiquement protégée.

cher une personne de porter son nom bien qu'il ne justifie que d'un intérêt moral. Il cherche simplement à éviter tout risque de confusion entre sa personne et celle de l'usurpateur (117).

293. — b) *La jurisprudence administrative.* — Elle a eu à tenir compte du mode particulier de liaison de l'instance en procédure administrative contentieuse. Dans le plein contentieux, le demandeur se plaint des conséquences de l'acte administratif à son égard. Cependant, dans ce dernier contentieux, c'est en réalité d'une situation antérieure à l'acte dont le requérant se plaint. Le seul problème que pose l'existence de l'acte administratif est celui de savoir si on peut valablement le considérer comme un des éléments de la contestation. A ce titre, nous l'avons examiné avec l'étude de la contestation.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'annulation de l'acte administratif est le but du requérant. Ce dernier doit donc pouvoir démontrer que cet acte l'atteint juridiquement. Le problème des effets de l'acte se pose donc .

Aussi, sera-t-il nécessaire de distinguer le problème de la lésion d'un intérêt matériel ou moral en plein contentieux et en excès de pouvoir. Dans le deuxième cas, *l'acte* doit faire grief au requérant. Dans le premier, la contestation doit l'atteindre dans ses intérêts matériels ou moraux.

294. — 1. *En excès de pouvoir, l'acte doit faire grief au requérant* (118). — Le but poursuivi par le requérant est l'annulation d'un acte administratif, c'est-à-dire, sa disparition. Pour que la chose jugée puisse avoir quelque effet à l'égard du requérant, il faut que celui-ci soit atteint juridiquement par l'acte. L'acte doit donc avoir un effet juridique, mais cet effet doit s'exercer à l'égard du requérant (119).

α. — *L'effet juridique de l'acte.* — Il est des actes administratifs qui ne constituent pas de véritables décisions ayant des effets juridiques. Ils ne peuvent donc atteindre le requérant (120).

Il en est ainsi des renseignements ou avis donnés par l'administration. Ne produisant aucun effet juridique à l'égard du particulier, ils ne peuvent être attaqués. Ainsi, un requérant est irrecevable à se pourvoir contre la lettre d'un ministre qui n'a d'autre portée que

(117) V. Kayser, article précité, p. 20.

(118) Lorsqu'il n'y a pas de doute que l'acte ait des effets juridiques à l'égard du requérant, les commissaires du gouvernement ont tendance à transposer en excès de pouvoir la notion d'intérêt matériel ou moral. V. par exemple conclusions Long (sur Section, 14 février 1958, Abisset, Rec. 98, v. notamment p. 100), « Il faut que le requérant soit lésé par l'acte qu'il attaque, sur le plan matériel ou moral ».

(119) Mignon, D. 1953, chr. 121.

(120) Comme le note le professeur G. Vedel (*Droit administratif*, t. II, Thémis, 1959, p. 357), « La notion de décision faisant grief recouvre à peu près dans le contentieux administratif celle de décision exécutoire... ».

celle d'une réponse à un ensemble de questions qui lui ont été posées (121).

Il en va de même d'une décision prise par une autorité incompétente. Ainsi, une lettre qui n'est pas signée par le ministre compétent, mais par un directeur de service agissant sans délégation du ministre, ne fait pas grief (122).

La notion de grief revêt dans ce cas un caractère purement objectif. Il s'agit de déterminer si, par son contenu, l'acte a des effets juridiques. Le plus souvent, l'examen du juge en excès de pouvoir s'arrête là. Il a contrôlé, grâce à la notion de qualité, que l'acte avait un rapport étroit avec le requérant. La notion de grief lui permet de déterminer que le requérant est intéressé à la disparition de cet acte puisqu'il a, à son égard, des effets juridiques. Au contraire, dans d'autres espèces, l'effet juridique de l'acte ne peut s'apprécier que par rapport au requérant. La nature de l'acte dépend, en ce sens, de la situation juridique du requérant.

β. — *L'effet juridique de l'acte à l'égard du requérant.* — Il est des actes administratifs dont on ne peut sérieusement contester qu'ils produisent des effets juridiques, mais le plus souvent, ils n'ont pas d'effet à l'égard du requérant. Il en est notamment ainsi des circulaires et instructions de service (123). Lorsqu'elles se bornent à édicter des mesures à l'usage interne de l'administration, le requérant ne sera pas recevable à se pourvoir contre elles. Ainsi, une circulaire adressée par un ministre aux préfets et interprétant les dispositions du décret du 19 octobre 1951 relatif à la fixation des prix de journée dans les hôpitaux, ne peut être attaquée par un syndicat des établissements antituberculeux (124). A l'égard de ce syndicat, la circulaire n'a pas d'effet juridique immédiat.

Il en va autrement lorsque la circulaire dépasse par son objet le cercle des personnes administratives et s'applique au requérant qui agit contre elle. Ainsi, une circulaire par laquelle le ministre de l'Education nationale fixe les conditions dans lesquelles les maîtres de l'en-

(121) 5 décembre 1947, Fédération nationale des syndicats de conservateurs de légumes et de fruits, Rec. 456.

(122) 2 mai 1947, Société d'applications pyrotechniques, Tables vicennales 1935-1954 t. IV, p. 735. V. également Liet-Veaux, « Les actes administratifs qui ne font pas grief », Rev. adm., 1952, p. 384. Gorse, *L'acte de nature à faire grief dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1951.

(123) Chevallier J.J., *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Nancy, 1924 ; Rivero J., *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse, Paris, 1934 ; Levantal L., « L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives », D. 1954, chr. 99 ; Charlier R.E., « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur », J.C.P. 1954.I.1169 ; Cocatre-Zilgien A., « La nature juridique des mesures d'ordre intérieur », Rev. int. sc. adm., 1958, p. 487. Long, Weil et Braibant, 2e édition, 1958, p. 385 (observations sous 29 janvier 1954, Notre-Dame du Kreisker).

(124) 27 novembre 1957, Syndicat national des établissements antituberculeux privés d'hospitalisation et autres, Rec. 645.

seignement du premier degré seront mis à la retraite d'office, présente le caractère d'un acte réglementaire à l'égard des agents qu'elle vise. Elle est donc susceptible de recours pour excès de pouvoir (125).

Le critère de l'acte faisant grief nous paraît tiré, dans l'ensemble des espèces, de l'effet juridique immédiat à l'égard du requérant. La section du contentieux a fait une nette application de ce critère dans un arrêt Lépouse (126). Elle se trouvait en présence d'une circulaire concernant le droit de grève. Elle a rejeté le recours comme irrecevable, en ce qui concerne les dispositions de la circulaire qui invitent les directeurs départementaux à transmettre aux préfets une liste numérique des agents grévistes, pour assurer le respect de la règle de payement après service fait et les chefs d'établissement à utiliser, au mieux des intérêts du service, le personnel maintenu ou demeuré en fonctions. Ces dispositions sont en effet des « mesures d'ordre intérieur qui ne sont pas susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir ». On ne peut nier que ces mesures aient un effet juridique à l'intérieur de l'administration. Elles n'en ont pas à l'égard des requérants grévistes. Elles n'en auront que lorsque les personnes publiques visées par la circulaire auront « extériorisé » les dispositions attaquées à l'égard des grévistes. La même circulaire contenait des dispositions interdisant le droit de grève à certains fonctionnaires. On ne peut contester que, sous cet aspect, elle ait un effet juridique *immédiat* à l'égard des grévistes qui se trouvent dans cette situation. Elle se traduit pour eux par une obligation juridique de ne pas faire grève. Aussi, l'arrêt Lépouse reconnaît-il à ces dispositions un « caractère réglementaire ».

L'acte doit faire grief au *requérant* lui-même. Si cet acte produit des effets juridiques extérieurs à l'administration, ses effets doivent atteindre la situation juridique du plaideur et non celle d'une autre personne. Faute de quoi le requérant ne pourra agir n'ayant pas d'intérêt (127).

Comme le note le Professeur J.-L. Quermonne ,« une telle jurisprudence tend à admettre l'examen au fond de la légalité de toute mesure susceptible de porter atteinte à la situation juridique du requérant... » (128).

295. — 2. *En plein contentieux, le requérant doit justifier de la lésion d'un intérêt matériel ou moral.* — La position du Conseil d'Etat a subi d'intéressants revirements qui ont tendu à détacher la notion

(125) 3 mai 1957, dame Costentin et autres, Rec. 275.

(126) 28 novembre 1958,, Lépouse, D. 1959.J.263, note Quermonne J.-L.

(127) 22 juillet 1933. Amadori, Rec. 842 ; 21 novembre 1941, Société de crédit immobilier de la région parisienne, Rec. 199.

(128) Note précitée, v. également, 6 juillet 1956, Fédération départementale des syndicats des exploitants agricoles de Seine-et-Oise : 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, D. 1958.J.178, note Quermonne J.-L.

de lésion d'un intérêt matériel ou moral de la notion de droit. Il suffira d'en prendre exemple dans le plus caractéristique des contentieux de pleine juridiction : le contentieux de la responsabilité.

A l'origine, en effet, pour « obtenir en justice la réparation d'un préjudice, il ne suffit pas d'un intérêt, mais... il faut pouvoir justifier d'un droit lésé (124) ». Le Conseil d'Etat réserve alors l'action en réparation aux personnes qui justifient être les créanciers d'une pension alimentaire à l'égard du défunt... Aussi le Conseil d'Etat refuse-t-il le droit d'action à la concubine au motif que celle-ci « n'est pas apte à réclamer le secours alimentaire prévu pour la femme mariée par les articles 212 et 214 du Code civil (130) ». De même, il déclare irrecevables à agir les frères et sœurs de la victime (131), une mère pour le décès d'un enfant naturel non reconnu (132).

En définitive, le Conseil d'Etat recherche si un droit a été lésé. « Le demandeur démontrerait vainement qu'il était, en fait, entretenu par la victime et que le décès de celle-ci lui cause un préjudice certain, si les conditions du *droit* à pension ne sont pas reconnues (133). »

L'arrêt d'Assemblée Bérenger du 28 juillet 1951 va renverser cette jurisprudence. Cette espèce admet en effet que « le requérant, bien qu'il ne se soit pas trouvé au moment du décès de son fils dans les conditions requises pour bénéficier d'une pension alimentaire, est fondé à demander réparation, non seulement des frais d'obsèques qu'il a exposés, mais encore, du préjudice résultant pour lui des troubles portés à ses conditions d'existence par la mort de la victime » (134). A partir de cet arrêt, le Conseil d'Etat abandonne l'exigence du lien d'obligation alimentaire qui était, comme nous l'avons vu, l'exigence d'un lien de *droit*. Il examine si le requérant justifie d'une lésion matérielle ou morale et si le recours est apte à la réparer. La simple lésion d'un *intérêt* rend le requérant recevable à agir (135).

Le Conseil d'Etat exige cependant que le plaideur se trouve dans une situation juridiquement protégée. Le juge doit pouvoir, d'après le droit existant, protéger cette situation sans violer le droit. Le Conseil d'Etat a appliqué cette nouvelle exigence à la concubine dans un arrêt Dame Braud du 21 octobre 1955. Il estime dans cet arrêt que la concubine ne se trouve pas dans une « situation juridiquement protégée ».

(129) 11 mai 1928, demoiselle Rucheton, Rec. 607, S. 1928.III.97, conclusions Andrieux, note Hauriou.

(130) Demoiselle Rucheton, précitée.

(131) 20 mars 1935, Lesterlin, Rec. 374 ; 7 décembre 1938, dame Veuve Brassy et demoiselle Brassy, Rec. 920.

(132) 7 janvier 1927, dame Valdry, Rec. 42.

(133) R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée, Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Thèse, Paris, 1952, p. 477 (v. 7 avril 1944 consorts Mougenot, S. 1945.III.7, motifs).

(134) Assemblée, 28 juillet 1951, Bérenger, Rec. 473, conclusions Agid, D. 1952.J.22, S. 1951.III.96.

(135) 25 janvier 1952, Simon, Rec. 60, D. 1952.J.549, note Morange G.

« dès lors, elle n'est pas en droit de prétendre à une indemnité en réparation du préjudice qu'elle aurait subi » (136) du fait du décès de son concubin.

On a invoqué pour justifier cette solution un argument juridique qui ne nous paraît pas satisfaisant. On a, en effet, prétendu que le juge, s'il acceptait le recours de la concubine, protégerait, par là-même, une situation qui, justement, n'est pas juridiquement protégée. Or, il ne s'agit pas de cela. La concubine ne demande pas qu'on reconnaisse cette situation. Elle veut simplement demander réparation d'un préjudice dont on ne peut douter qu'il ait été effectivement subi. Elle justifie d'un intérêt matériel. Si on lui objecte son défaut de protection juridique, on entend en réalité exiger qu'elle justifie d'un droit né du mariage (137). On réintroduit donc la notion de droit. En réalité, ce que l'on entend signifier à la concubine, c'est que la situation juridique qu'elle défend n'est pas légitime. La raison de l'irrecevabilité se trouve sur le plan de la légitimité de la situation juridique et non sur celui de l'intérêt matériel ou moral (138).

296. — c) *Comparaison des solutions retenues par les deux jurisprudences.* — Les deux jurisprudences se sont heurtées aux mêmes difficultés. La difficile distinction de la recevabilité et du fond a amené bien souvent la confusion de la notion de droit et de celle de lésion d'un intérêt matériel ou moral. La séparation de ces deux notions apparaît actuellement dans les deux jurisprudences. C'est autour de la notion de situation susceptible d'être juridiquement protégée, que le regroupement du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation paraît s'opérer. Pour pouvoir valablement introduire une instance, le plaideur doit justifier qu'une atteinte matérielle ou morale a été apportée à cette situation et que le juge est susceptible d'en ordonner la réparation.

Le juge de l'excès de pouvoir reconnaît cependant, beaucoup plus libéralement, qu'une atteinte a été portée à la situation juridique du requérant. L'atteinte à un intérêt purement moral donne plus souvent intérêt à agir (139) que dans le domaine du plein contentieux. Comme nous l'avons vu, l'analyse des effets de l'acte administratif a une grande

(136) Assemblée, 21 octobre 1955, dame Braud, Rec. 495, D. 1956.J.139, conclusions Guionin, note Morange, R.D.P. 1956, p. 161, conclusions Guionin, A.J. 1955.II *bis*.23, observations Long, A.J. 1955.II.408, note Coulet.

(137) Morange G., D. 1953, chr. 27 (*La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative*).

(138) La concubine qui ne peut agir en tant que telle peut agir comme tutrice de ses enfants (dame Braud, précitée). La jurisprudence civile était dans le même sens lorsqu'elle n'admettait pas l'action de la concubine. Ainsi, la concubine voyait rejetée l'action qu'elle formait en qualité de concubine mais celle qu'elle introduisait en qualité de légataire universelle de son concubin était jugée recevable (Tr. civ. Seine, 10 janvier 1947, Gaz. Pal., 1947.I.86).

(139) V. par ex. 5 mars 1948, Wuillaume et autres, Rec. 117.

place dans le domaine de l'excès de pouvoir. Le juge se demande, là également, si l'annulation de l'acte est susceptible de protéger la situation du requérant. Il n'y a pas différence de nature, mais simple différence de degré dans l'appréciation, dans ce contentieux, de la notion de lésion d'un intérêt matériel ou moral.

297. — B. *L'intérêt invoqué par le plaideur doit être né et actuel.* — Le plaideur doit pouvoir justifier que son intérêt est né et actuel. En effet, « le rôle du juge est de trancher des litiges déjà nés » (140). Dans ce domaine, également, cette exigence de l'intérêt s'explique parce que le juge n'est pas un conseil juridique chargé de renseigner les parties sur la validité d'un acte ou d'une opération quelconque. Comme l'a très bien montré M. Hébraud (141), si on abandonnait cette exigence, on tendrait à un véritable renversement du contentieux. Le contrôle judiciaire se produirait à l'avance, alors qu'il doit s'opérer *a posteriori*. Il serait difficile de déterminer si l'intervention du juge revêt un caractère juridictionnel ou si c'est une mesure administrative.

La notion d'intérêt né et actuel est souvent confondue par la jurisprudence et la doctrine avec la notion de contestation. Ainsi, la Cour de cassation déclare-t-elle, le 4 août 1952, qu'une demande de consultation en justice ne peut donner lieu à un jugement... *il est nécessaire qu'une contestation soit déjà née* » (142). De même, le Conseil d'Etat rejette-t-il fréquemment le recours contre un acte administratif pour le motif que la contestation n'est pas née, alors qu'il entend simplement exprimer que le plaideur ne justifie pas d'un intérêt direct et actuel (143).

La confusion entre les deux notions s'explique. Bien souvent, lorsque les parties ont affirmé leurs prétentions et que la contestation existe, il en résulte un intérêt né et actuel pour chacune d'entre elles. Mais dans d'autres espèces, les deux éléments ne coïncident pas. Il suffit de supposer qu'un créancier invoque certains agissements de son débiteur donnant à penser qu'à l'échéance, il contestera l'existence de la dette (144). On ne peut nier que la contestation existe, mais le créancier n'aura vraiment intérêt né et actuel que lors de l'échéance de la dette. L'étude particulière de la notion d'intérêt né et actuel doit donc être faite. Deux principes orientent les jurisprudences civile et administrative. La saisine de la justice ne se justifie que lorsque l'intérêt est né et actuel. Cette dernière notion ne doit pas être confondue avec celle d'un préjudice effectivement réalisé.

(140) Cuche et Vincent, « Précis de Procédure civile et commerciale », 11e édition. Dalloz, 1958, p. 19.

(141) Observations à la Rev. trim. dr. civ. 1950, p. 221, 1953, p. 371.

(142) Civ., 4 août 1952, J.C.P. 1953.II.7439.

(143) V. par ex. 27 octobre 1937, Bertinet, Rec. 862 ; 8 mai 1946, Le Flem, Rec. 129.

(144) L'exemple est donné par Morel, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition, Sirey, 1949, p. 37.

298. — a) *La saisine de la justice ne se justifie que lorsque l'intérêt est né et actuel.* — La confusion est ici entière dans les deux jurisprudences entre la notion d'intérêt né et actuel et celle de litige existant.

Le Conseil d'Etat oppose le plus souvent l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt né et actuel dans le contentieux de l'interprétation des actes administratifs. Il rejette toute demande d'interprétation d'un acte ou d'un contrat administratif en l'absence d'un intérêt né et actuel. Le 16 juin 1882 (145), le Conseil d'Etat a précisé de manière très nette sa doctrine sur ce point (146). Un cahier des charges attribuait compétence au Conseil d'Etat pour connaître de l'interprétation des clauses d'un marché de fournitures. Le Conseil d'Etat, saisi sur cette base, décide : « ledit article n'a pas eu pour but, et ne saurait en tout cas avoir pour effet d'autoriser les parties contractantes à demander au Conseil d'Etat cette interprétation en dehors de tout litige né et actuel la rendant nécessaire ». On notera que dans cette espèce, le Conseil d'Etat parle du « litige né et actuel » et non pas d'intérêt. Mais, dans une importante espèce, Compagnie d'Orléans et du Midi (147), le Conseil d'Etat invoquera « l'intérêt né et actuel » (148). Quoi qu'il en soit de cette différence de terminologie, la Haute Assemblée considère comme une condition indispensable à sa saisine que le requérant puisse se prévaloir d'un intérêt né et actuel.

La Cour de cassation adopte une position analogue (149). Elle a eu à lutter contre les initiatives de certains praticiens tendant à faire valider par les juridictions les opérations sur la légalité desquelles ils ont quelque doute. La pratique avait ainsi imaginé de faire homologuer par les tribunaux paritaires des contrats qui dérogeaient aux dispositions du statut du fermage. Le tribunal paritaire de Cotignac s'était prêté à cette initiative. Il avait en conséquence homologué un bail d'une durée de deux ans. Ce qui était en contradiction avec les termes de la loi. La Cour de cassation (150) rappelle les principes élé-

(145) 16 juin 1882, Grimoult, Rec. 581.

(146) V. LAFERRIÈRE. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édition, 1896, t. II, p. 607 ; HAURIOU, *op. cit.*, p. 28.

(147) 26 juillet 1912. Compagnie d'Orléans et du Midi c. l'Etat. Rec. 882, conclusions Riboulet. Le Conseil d'Etat affirme dans cette espèce : « Considérant que le ministre a ainsi affirmé expressément le désaccord de son administration et des compagnies sur le sens et la portée des décisions du Conseil d'Etat et que la publicité de cette déclaration a fait renaître un état d'incertitude susceptible de nuire au crédit des compagnies ; que, dans ces circonstances, celles-ci ont un intérêt né et actuel à obtenir l'interprétation des décisions du 12 janvier 1895... »

(148) Dans une espèce récente, Section, 11 mai 1956, Compagnie des transports en commun de la région de Douai, A.J. 1956.II.275, conclusions Laurent, la Haute Assemblée parle à nouveau de « litige né et actuel ».

(149) Il existe des textes qui admettent l'introduction d'une instance en dehors de tout intérêt né et actuel. Ainsi, l'ordonnance du 19 octobre 1945 admet l'action déclaratoire de nationalité. Mais ces textes sont considérés comme des exceptions.

(150) Civ., 4 août 1952, précité.

mentaires du contentieux, qui interdisent tout recours prématuré à la justice. Elle dénie, en conséquence, toute autorité de la chose jugée à la consultation donnée par le tribunal de Cotignac.

299. — b) *L'intérêt né et actuel doit être distingué du préjudice effectivement réalisé.* — La justice doit être mise en mouvement si le plaideur justifie de l'imminence de la menace qui pèse sur lui. Il n'est pas de l'intérêt de la société que la justice attende, pour être mise en mouvement, qu'un préjudice soit effectivement causé. L'exigence d'intérêt né et actuel a pour but d'éviter un mal : la transformation du rôle du juge. Elle ne doit pas en créer un plus grand : la naissance d'un trouble social et « n'est-il pas plus simple de prévenir que de réparer » (151). La conciliation entre ces deux impératifs est faite de la manière suivante. Lorsqu'il est d'ores et déjà acquis qu'une atteinte à la situation juridique du requérant se produira, la condition d'intérêt né et actuel est remplie. Au contraire, s'il n'est pas certain que cette atteinte se réalisera, l'intérêt n'est qu'éventuel et ne permet pas l'introduction d'une instance (152).

La Cour de cassation pose ainsi que « s'il n'est pas possible d'allouer de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît au juge du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel, et comme étant susceptible d'estimation immédiate » (153).

Le Conseil d'Etat lui-même, n'exige pas que l'atteinte à la situation juridique du requérant soit déjà réalisée .Elle peut être future, si elle se révèle dès à présent certaine. « L'éventualité d'un dommage ne crée un intérêt au pourvoi que si elle est suffisamment précise, suffisamment grave et suffisamment probable pour créer une menace qui porte, d'ores et déjà, atteinte à une vocation particulière de l'intéressé à user de telle ou telle faculté (154). » Le Conseil d'Etat consacre, sans contestation possible, l'admission du pourvoi formé sur un intérêt suffisamment certain. Ainsi, en présence d'un arrêté interdisant le camping dans une commune déterminée, la condition d'intérêt né et actuel, interprétée strictement, retarderait inutilement les recours. Il faudrait exiger que le requérant ait tenté d'aller camper dans la commune et se soit trouvé en contravention avec l'arrêté municipal. Or, il n'en est rien ; le Conseil d'Etat admet le recours d'un campeur. M. Long précise (155) à ce propos : « le sieur Abisset habite la ban-

(151) Morel, *op. cit.*, p. 37.

(152) V. en ce sens, Vincent J., « Encyclopédie procédure civile et commerciale », Dalloz, V° Action, n° 44.

(153) Req., 1er juin 1932, D.P. 1932.I.102, rapport du conseiller Pilon.

(154) Conclusions Long sur Section, 14 février 1958, Abisset, Rec. 98 (spécialement p. 101).

(155) Conclusions précitées.

lieue parisienne et pratique couramment le camping dans la région parisienne. L'éventualité de son passage, au cours d'une randonnée, sur le territoire de la commune ne peut être regardée ni comme improbable ni comme imprécise... Le requérant éprouve donc d'ores et déjà une gêne qui est constitutive d'une lésion et génératrice d'un intérêt de nature à ouvrir à l'intéressé le recours pour excès de pouvoir. » La Haute Assemblée a même admis l'existence d'un intérêt né et actuel en dépit du fait que l'administration n'a pas encore pris de décision exécutoire à l'encontre du requérant pour faire prévaloir sa thèse (156).

Les deux jurisprudences admettent donc libéralement la recevabilité des demandes formées, lorsque l'intérêt n'est pas encore né à proprement parler, mais s'avère d'ores et déjà certain.

### § II. — L'intérêt dans les instances dérivées.

300. — La notion de qualification procédurale se réveille ici. Elle intervient soit positivement, soit négativement. Ayant traité de cette notion dans notre première partie, il nous suffira ici d'un bref rappel. Certaines instances dérivées exigent que l'on ait eu la qualité de partie (l'appel ou la cassation) ou de partie défaillante (l'opposition) dans l'instance principale. Pour être recevable à en former d'autres, il faut, au contraire, justifier que l'on n'a pas été partie à l'instance. C'est le cas de la tierce opposition.

L'examen de la qualité n'éclipse pas pour autant la condition d'intérêt. Une partie ne peut former un recours contre un acte juridictionnel que si elle a été lésée par lui. Une partie est considérée comme lésée par un jugement lorsque celui-ci, dans son dispositif, n'a pas fait droit à toutes ses conclusions.

La jurisprudence civile (157) a nettement déterminé la mesure de la recevabilité du recours contre un acte juridictionnel. Elle n'admet pas qu'une partie puisse se plaindre d'un jugement lorsque celui-ci lui donne entière satisfaction (158). La voie de recours n'a vraiment un intérêt que si son dispositif est mis en cause. Si ce sont seulement ses

(156) Section, 11 mai 1956, Compagnie des transports en commun de la région de Douai précitée. Pour d'autres exemples, v. les conclusions Long sur Abisset précité. Ainsi, M. Long remarque que le Conseil d'État a toujours admis les recours dirigés contre des interdictions de stationnement sans exiger la preuve que le requérant ait déjà tenté de stationner.

(157) La doctrine est dans le même sens, v. par ex. Morel, *op. cit.*, p. 474, qui affirme : « L'intérêt consiste pour la partie à obtenir une modification de la décision qui lui fait grief. Celui qui a gagné entièrement son procès ne peut recourir contre la décision qui lui donne gain de cause, alors même que les motifs contiendraient des appréciations défavorables à son égard. »

(158) Req., 1er août 1883, D.P. 1884.I.406.

motifs qui sont critiqués, la partie n'aura pas intérêt à former les voies de recours (159).

Le Conseil d'Etat adopte une position analogue. « Les conclusions de tout recours dirigé contre une décision juridictionnelle... doivent s'en prendre au dispositif de cette décision et non à ses motifs, qui ne sont jamais regardés comme faisant en eux-mêmes grief (160). » Ainsi, l'intérêt de l'administration à faire appel d'un jugement n'est pas reconnu, dès lors que le juge de première instance a rejeté la demande dirigée contre une décision administrative « quels que soient les motifs retenus » par lui (161).

Cette jurisprudence vise à décourager les instances dérivées abusives, entreprises dans le seul intérêt du droit (162). L'exigence d'une situation juridique lésée se retrouve donc aussi bien dans les instances dérivées que dans l'instance principale.

301. — L'étude de la notion d'intérêt dans ses multiples aspects a permis de percevoir le rôle moteur de la jurisprudence administrative. Il existe dans cette matière, comme nous l'avons vu, des considérations particulières à la procédure administrative contentieuse : la notion d'acte administratif, l'existence du contentieux de l'excès de pouvoir. Elles ont permis la découverte d'une technique juridique d'appréciation des notions de qualité et d'intérêt. Si les deux jurisprudences tendent en ce domaine à l'unité, ce n'est pas parce que le juge administratif s'est inspiré des solutions du Code de procédure civile. Nous avons pu déceler une tendance à l'imitation par le juge civil des notions forgées par le Conseil d'Etat. La prolifération des instances objectives amène cependant le juge administratif à une appréciation plus clémente de la notion d'intérêt lésé. Ce qui maintient une couleur particulière à la procédure administrative contentieuse.

(159) Civ., 29 juillet 1952, Bull. civ., 1952, p. 206, n° 251.

(160) Conclusions Mayras sur Section, 12 juin 1959, Ministre des Affaires économiques et financières c. Filaire, A.J. 1959 II.191. Il en est ainsi aussi bien en appel (26 novembre 1950, Teyssier, Rec. 236 ; Section 22 mars 1957, Ministre de l'Intérieur c. Desperamons, Rec. 198. V. également la Chronique Fournier et Braibant, A.J. 1957.II.498), qu'en cassation (10 mai 1957, Caisse interprofessionnelle d'allocations vieillesse du commerce et de l'industrie de l'Aisne, R.D.P. 1957, p. 701.

(161) Ainsi, le Conseil d'Etat affirme, dans une espèce, Section 2 novembre 1957, Secrétaire d'Etat aux Forces Armées (Guerre) c. Société France-auto-cycle, Rec. 577, « que l'administration a demandé aux premiers juges d'écarter ces prétentions ; que faisant droit à ces conclusions, le tribunal administratif a intégralement rejeté la demande de la société susnommée ; que, par suite, et quels que soient les motifs retenus par le tribunal, le Secrétaire d'Etat aux Forces armées (Guerre) est sans intérêt et partant sans qualité, pour poursuivre l'annulation du jugement entrepris... ».

## Section II

### Eléments de la situation juridique dépendante de la volonté des parties.

302. — La validité de l'instance ne suppose pas seulement l'intéressement des parties à son déroulement. L'aspect le plus connu du cadre juridique qui s'impose aux parties est relatif aux formalités obligatoires. L'instance se présente, sous cet angle, comme un moule dans lequel les parties doivent insérer leur requête particulière. Il s'agit d'éléments extérieurs aux parties. La capacité ou l'intérêt dépendent de la situation intérieure des parties. En principe donc, aucun acte ne peut leur permettre de se trouver dans la situation de capacité ou d'intérêt requise. L'étude des formalités obligatoires nous montrera, au contraire, les parties libres ou non d'y satisfaire. Libres, parce qu'il dépend de leur volonté de les accomplir ou de les oublier. Mais la liberté fait ici sentir tout son poids. Son usage, c'est-à-dire, le non-accomplissement des formes est, le plus souvent, sanctionné par la déchéance de l'instance. C'est là, sans nul doute, une marque profonde du fait que le cadre juridique de l'instance s'impose aux parties.

Ces obligations pesant sur les parties participent aussi bien de l'intérêt de la justice que de l'intérêt des parties elles-mêmes. Mais ce deuxième aspect est souvent oublié. Les parties sont trop souvent tentées de voir, dans les obligations formelles qu'elles doivent satisfaire, des obligations formalistes. Aussi bien au point de vue des formes des actes de procédure qu'à celui des délais ou celui de la représentation en justice, l'antagonisme entre les deux procédures paraît fondamental. On a coutume d'opposer ici le caractère *écrit* de la procédure administrative contententieuse à « *l'oralité* » de la procédure civile (163), la simplicité de la première et le formalisme de la seconde.

Cet antagonisme, s'il existe — et nous verrons qu'il est circonscrit dans des limites étroites — nous paraît devoir être replacé dès à présent dans son cadre exact.

303. — Il s'agit là, tout d'abord, d'une question de tendance, de politique de la procédure et non pas d'un antagonisme des deux procédures, à proprement parler. Aucun argument juridique ne peut légitimement être invoqué pour justifier « l'oralité » des débats en matière

(162) Aussi une jurisprudence contraire est-elle retenue pour le recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative depuis l'arrêt de Section, du 12 juin 1959 précité.

(163) V. par ex. DE FONT-RÉAULX, *Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, thèse, Poitiers, 1930 (Sirey 1930), p. 17 ; ODENT R., *Contentieux administratif*, 1957-58, fascicule II, p. 419.

civile plutôt qu'en matière administrative (104). On ne voit pas de quelle manière l'intervention du justiciable administration dans l'instance, peut faire pencher pour l'une plutôt que pour l'autre de ces alternatives. Du moins, aucun motif de procédure ne peut amener le choix pour l'un ou pour l'autre de ces caractères. La raison du choix se trouve ailleurs. Elle est dans l'organisation judiciaire qui prédispose à « l'oralité » ou à l'écriture. Si le juge a un rôle actif dans la procédure, on sera tenté d'instaurer l'écriture. Le juge se méfie de « l'oralité » et construit les débats à l'image de son jugement. C'est-à-dire par écrit. Si le rôle des parties est, au contraire, essentiel, l'écriture perd sa première place. « L'oralité » s'instaure. Parce que les conseils des parties tiennent à la parole, ils la considèrent comme le plus fidèle des défenseurs. Si bien que, parfois, loin d'être un moyen, elle se trouve avoir en elle-même sa propre fin. Tout dépend donc de la manière dont sont conçus, dans chaque procédure, les corps chargés de défendre les parties. Et ceci nous amène à insister sur un deuxième phénomène.

304. — « Oralité » ou écriture, formalisme ou simples formalités, le choix entre ces principes appartient certes au législateur. Mais il dépend, en fait, beaucoup plus de questions de pratique. L'état des textes est tel, nous le verrons, qu'il faciliterait et qu'il facilite de plus en plus, le rapprochement des deux procédures. L'opposition des habitudes des auxiliaires de la justice, produit de l'histoire, est, elle, beaucoup plus profonde (165). Pour la réformer, le législateur doit intervenir de manière beaucoup plus accusée qu'il ne le voudrait pour bien marquer son opinion face à des pratiques abusives.

305. — Cette étude des formalités dépendantes des parties nous amènera à considérer la part respective de l'élément écrit et de l'élément oral (166) dans les deux procédures et à examiner ensuite la part prise par le facteur temps dans le déroulement de l'instance.

(164) V. cependant l'opinion de René-William THORP, « La réforme de la procédure civile » *Le Monde*, 8-9 mai 1959, qui prétend qu'en matière administrative « L'Etat, se jugeant lui-même, la procédure, tout en étant contradictoire, le sera sous sa forme la plus discrète, qui est moins celle du débat oral que celle de l'échange des écritures ».

(165) Le professeur G. Vedel l'a très clairement montré (*Droit administratif*, t. II, Thémis, 1959, p. 332).

(166) HÉBRAUD P., « L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1951, p. 39 (rapport présenté au Congrès international de droit comparé de Londres, août 1950).

## Sous-section I

### La part respective de l'élément écrit et de l'élément oral dans l'instance civile et dans l'instance administrative.

306. — Il est un élément fondamental qui justifie les solutions diverses adoptées dans l'une ou l'autre matière : le rôle imparti au juge (167). Il suffira de le signaler ici, nous réservant pour une étude plus approfondie (168). La part la plus grande faite au juge administratif dans la direction de l'instance — notamment dans le domaine de la preuve — a facilité l'instauration du débat écrit dans la procédure administrative contentieuse. Nous voulons ici marquer simplement l'étendue des obligations qui pèsent sur les parties, dans la mesure où elles peuvent avoir une importance pour déterminer le caractère écrit ou oral des débats. A cet égard, *aucune des deux procédures n'adopte une position tranchée.* Le choix n'est pas nettement fait entre l'écriture et « l'oralité ». Comme le remarque très justement le Professeur P. Hébraud, « Le droit français pousse à un très haut degré, pour chacun des actes essentiels de l'instance, la conjugaison de l'élément écrit et de l'élément oral, dont le voisinage ou l'association sont un phénomène très général dans la plupart des procédures » (169). Il est cependant une certaine proportion respective des deux éléments dont il est possible de donner un aperçu. La théorie des actes de procédure et le rôle assigné dans l'instance aux représentants des parties nous permettront d'éclairer ce point. Nous constaterons une tendance à l'écriture plus forte en matière administrative et renforcée dans la procédure civile par des dispositions récentes.

### § I. — Les actes de procédure.

En procédure civile, comme dans la procédure administrative contentieuse, certains actes doivent être accomplis par les parties ou par des auxiliaires de la justice agissant en leur nom. Ces actes de procédure trouvent leur expression dans un écrit. Ils constituent l'élément

(167) Le professeur P. Hébraud note justement à ce propos (étude précitée, p. 43), « Le caractère écrit ou oral de la procédure n'est pas sans rapports avec le rôle respectif qui y est dévolu aux parties et au juge. La direction du procès par le juge incline vers la procédure écrite, la direction par les parties s'accommode mieux de l'oralité ».

(168) Titre II de cette partie : « Le cadre juridictionnel de l'instance s'impose aux parties ».

(169) Etude précitée, note (3), p. 40.

essentiel du caractère écrit des deux procédures. Il sont caractérisés à la fois par leur variété et le caractère relatif de leur sanction.

307. — 1°) *La variété des actes de procédure.* — Introduction de l'instance par un acte écrit (requête ou assignation), signification de divers actes au juge (en procédure administrative contentieuse) ou aux parties adverses (en procédure civile), telles sont les principales circonstances où l'acte écrit se manifeste. On ne peut dire à ce propos que la procédure civile soit moins écrite que la procédure administrative contentieuse. Ce qu'il est plus exact de remarquer, c'est la diversité des destinataires ou des auteurs de ces actes dans les deux procédures.

Dans le contentieux administratif, la communication se fait le plus souvent au juge qui, par contre-coup, est amené à faire des communications aux parties par l'intermédiaire du greffe. De toute façon, les communications des actes se font sous le contrôle du juge.

En procédure civile, les communications se font des parties aux parties. Mais il est nécessaire de ne pas abandonner à l'initiative privée le soin d'élaborer des actes aussi importants qu'une assignation. Aussi, le principe de la communication des actes par un auxiliaire de justice : l'huissier, est-il établi par le Code de procédure. Le décret du 22 décembre 1958 a multiplié les notifications directes aux plaideurs par les soins du greffier. Il a ainsi marqué ses préférences pour le système reçu en matière administrative (170).

Les deux procédures se retrouvent pour exiger de ces actes un même formalisme (171). C'est ainsi que la requête introductive d'instance et l'assignation doivent contenir certaines mentions. Elles doivent mentionner, notamment, les noms et demeures des parties, l'exposé sommaire des faits et moyens destiné à montrer à la partie adverse l'objet de la requête (172). En procédure administrative contentieuse, le requérant doit, en outre, justifier de la satisfaction de la règle de la décision préalable. Comme, d'autre part, la requête est adressée au juge et qu'il appartient à celui-ci, le plus souvent, de communiquer la requête aux autres parties par l'intermédiaire du greffe, le demandeur

(170) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, mise à jour, 1960, p. 57.

(171) Une exigence supplémentaire pesait sur les requêtes devant le Conseil d'Etat (art. 44 de l'ordonnance du 31 juillet 1945) et devant les tribunaux administratifs (20 décembre 1957, Binet, A.J. 1958.II.247, note Copper-Royer). Mais l'article 22 de l'ordonnance du 29 décembre 1958 a abrogé la disposition de l'article 867 du Code général des impôts qui faisait « défense... aux juges de prononcer aucun jugement sur un acte... non écrit sur papier timbré du timbre prescrit, ou non visé pour timbre ». Il en résulte que désormais le défaut de timbre n'aura plus pour effet de rendre la requête irrecevable. Il reste cependant que le droit de timbre reste dû à l'Etat. (V. sur tous ces points la note de M. le professeur R. Drago sur 13 novembre 1959, Duge (arrêt rendu en application de la nouvelle réglementation) A.J. 1960.II.13.)

(172) Article 61 C. proc. civ. ; article 40 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ; article 3 de la loi du 22 juillet 1889.

doit joindre à son recours des copies de la requête destinées à être notifiées aux parties en cause (173).

Le formalisme des actes, mise à part la différence due au rôle du juge, s'impose donc dans les deux matières. La marque essentielle de ce formalisme est l'acte écrit. Cette écriture doit, elle-même, comme nous l'avons vu, se présenter sous différentes formes.

308. — 2°) *Le caractère relatif de la sanction des imperfections de l'écriture.* — Les formes selon lesquelles les parties ou leurs mandataires doivent rédiger leurs écrits, les mentions que ceux-ci doivent contenir, sont imposées aux plaideurs parce que l'histoire a prouvé que « l'oralité » absolue amenait les plus graves inconvénients. Il se manifeste cependant, en ce domaine, une tendance à la simplification que nous avons pu également constater dans notre étude des formalités du jugement. Mais, dans cette dernière matière, la simplification tendait uniquement à considérer que l'omission d'une mention était sans influence sur la validité de l'entier jugement si la formalité avait été, en fait, accomplie. Dans le domaine des actes de procédure, l'évolution tend à *supprimer* certaines formes considérées comme des formalités.

309. — A. — Le système initial du Code de procédure civile ne permettait pas de résoudre clairement le problème des nullités de procédure. Il posait le principe « pas de nullité sans texte » (174). Il prévoyait, d'autre part, que le juge, devant un cas de nullité prévu par la loi, ne pouvait pas s'abstenir de déclarer l'acte nul (175). Il enlevait donc au juge tout pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la nullité. Mais le système suivi, en fait, était tout autre. Le Code ne prévoyant pas les cas de nullité, la jurisprudence avait dû construire elle-même un système de sanction des formalités. Aussi le législateur est-il intervenu.

Le décret-loi du 30 octobre 1935 prévoit désormais (176) : « Aucune nullité d'exploit ou d'acte de procédure ne pourra être admise, que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse ». Ce décret avait le mérite de ramener les formes à leur objectif essentiel, la protection des intérêts des parties. Au delà de cet intérêt, la nullité n'exis-

(173) Il doit y avoir autant de copies que de parties intéressées. De plus, l'article 18 du décret du 28 novembre 1953 prévoit que « les requêtes introductives d'instance, les mémoires ou observations en défense, les répliques, dupliques, etc., déposés aux greffes des tribunaux administratifs doivent être accompagnés d'une copie sur papier libre en sus de celles exigées... ». Le décret du 10 avril 1959 a même prévu la possibilité pour le président du tribunal d'exiger la production de copies supplémentaires au cas où cette production se révèlerait nécessaire, c'est-à-dire, lorsque des parties nouvelles apparaissent dans le litige. V. sur ce point, MÉJAN F., « La réforme de la procédure contentieuse administrative », Rev. adm., 1959, p. 144 (spécialement, p. 146).

(174) Article 1030 C. proc. civ.

(175) Article 1029 C. proc. civ.

(176) Article 173 nouveau.

tait pas. Mais la doctrine (177), et la jurisprudence avec elle, se sont abandonnées à des interprétations restrictives de ce texte. Certes, la maxime « pas de nullité sans grief » est indiscutablement applicable pour les inobservations de formes prévues dans le seul intérêt des parties. Il n'en résulte pas pour autant que ce principe puisse contrevenir à une règle fixée dans l'intérêt public, dans l'intérêt de la loi. Pour ces dernières formes, qualifiées de substantielles, la nullité doit être édictée sans grief (178). Ainsi, la jurisprudence accepte de sanctionner certaines formes sans que la preuve d'aucun préjudice ne soit rapportée. La signature de l'huissier est ainsi considérée comme une formalité essentielle (179). De même, la Cour de cassation précise, dans un arrêt du 18 novembre 1947 (180) le caractère substantiel de l'indication de la date dans un acte : « En raison du caractère substantiel des prescriptions des articles 444 et 445 du Code de procédure civile, la nullité de l'exploit d'appel doit être prononcée sans qu'il y ait lieu de rechercher si elle a eu pour effet de nuire aux intérêts de la défense ». Cette jurisprudence a ainsi réduit incontestablement le champ d'application du décret-loi de 1935 (181). En restaurant, au cas de formalités substantielles, le processus de la nullité automatique (182), elle prouve que tout dans l'instance n'est pas à la disposition des parties. Certaines exigences peuvent apparaître aux non-initiés comme purement formalistes. Elles n'en sont pas moins nécessaires au bon fonctionnement de la justice.

La position de la Cour de cassation a cependant un aspect irrationnel. Elle proclame que le grief n'est pas à considérer pour certaines formes qualifiées de substantielles. Elle abandonne néanmoins aux parties le soin de soulever ces exceptions par le moyen de l'exception de nullité. En effet, pour la Cour suprême, une formalité substantielle n'est pas toujours une formalité d'ordre public (183). Aussi, une partie, en ne soulevant pas l'exception de nullité, pourra renoncer (184)

(177) Glasson, Tissier et Morel, *op. cit.* (supplément 1936), t. V, p. 540. V. les opinions rapportées dans Breton, D.H. 1936, chr. 45 et Ghienne, *Les nullités de forme de procédure civile*, thèse, Lille, 1937.

(178) V. la critique de cette opinion dans la note de M. le professeur H. Solus, sous Paris, 2 novembre 1945, S. 1946.II.45.

(179) Req., 30 janvier 1939 D.P. 1939.I.45, rapport Tanon.

(180) D. 1948.J.177, note Hébraud, S. 1948.I.137, note Solus, Rev. trim. dr. civ., 1948, p. 247, observations Raynaud.

(181) V. dans ce sens, Civ., 13 novembre 1952, D. 1953.J.113 Rev. trim. dr. civil, 1953, p. 382, observations Raynaud. Civ., 3 mars 1955, J.C.P. 1955.II.8654, Rev. trim. dr. civ., 1955, p. 367, observations Raynaud. Civ., 9 janvier 1957, J.C.P. 1957.II.9860, note G.M., Rev. trim. dr. civ., 1957, p. 392, observations Raynaud.

(182) Anselin G., « L'automatisme des nullités de procédure », Gaz. Pal. 1951.I.14.

(183) Civ., 13 novembre 1952, D. 1953.J.113, Rev. trim. dr. civ., 1953, p. 382, observations Raynaud.

(184) Cuche et Vincent, « Procédure civile et commerciale, Dalloz, 1958, 11e édition, p. 456.

à l'application d'une forme qui n'est pourtant pas prévue dans son seul intérêt. La réforme du 22 décembre 1958 a accentué cette tendance. Désormais, toute demande en nullité, même fondée sur l'inobservation d'une formalité substantielle, est irrecevable si elle est présentée après les conclusions au fond. La distinction entre formes substantielles et accessoires n'est donc pas pleinement satisfaisante.

310. — B. — La juridiction administrative a dû élaborer son propre régime des nullités. Aucune disposition de loi n'ayant organisé la sanction des formes prévues, la jurisprudence l'a dégagée elle-même. Jacquelin avait proposé la transposition des principes du Code de procédure dans le domaine administratif (185). Il visait, en réalité, à enlever au juge tout pouvoir d'appréciation sur le caractère de la sanction applicable à l'absence d'une forme. Or, l'étude de la jurisprudence civile nous a montré que les textes avaient été impuissants pour enlever au juge un tel pouvoir. La jurisprudence administrative s'est immédiatement rangée à la distinction des irrégularités de peu d'importance et des irrégularités substantielles. La doctrine l'avait, en effet, encouragée à adopter une telle distinction.

En 1890, Brémond propose le système suivant (186). Les dispositions du Code de procédure civile ne peuvent être appliquées. En effet, la loi du 22 juillet 1889 ne prévoit jamais la sanction de la nullité pour le non-accomplissement des formalités relatives aux actes de procédure. Il serait cependant inéquitable de ne jamais sanctionner cette violation des formes. Il pose alors un principe contraire à celui retenu à l'origine en matière civile. Les tribunaux administratifs doivent avoir un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour prononcer ou ne pas prononcer la nullité d'un acte de procédure, selon les circonstances. La distinction des formes substantielles et des formes accessoires est en germe dans cette théorie. Le Conseil d'Etat opère cette distinction dès l'origine. Il considère dans chaque cas le caractère substantiel ou non de la règle. La position qu'il adopte ne trouve son fondement dans aucun texte. Elle est le fruit d'une politique jurisprudentielle hardie. Ainsi, la loi de 1889 n'exige pas que la requête soit signée du demandeur ou de son mandataire. Le Conseil d'Etat décide que cette formalité est substantielle et que son omission entraîne la non-receva-

(185) Jacquelin, « L'évolution de la procédure administrative », R.D.P. 1903.

(186) Brémond, « Examen critique de la loi du 22 juillet 1889 », *Revue générale d'administration*, 1890.II.259. Teissier et Chapsal remarquent à ce propos (*Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, Paris, 1891, p. 21) « à la différence de ce qui existe en matière de procédure civile où chacune des mentions exigées par l'article 61 est prescrite à peine de nullité de l'ajournement, le seul fait de méconnaître une des prescriptions de l'article 2 (de la loi du 22 juillet 1889) n'entraînera pas nécessairement la nullité de la requête. M. Aucoc, dans son exposé des motifs a nettement indiqué que c'était à dessein qu'on n'avait pas ajouté à ces prescriptions cette sanction rigoureuse ».

bilité de la requête (187). Par contre, l'indication du domicile des parties n'est pas une mention essentielle. Son omission n'entraîne pas la nullité de l'acte (188). On peut certes reprocher à la notion de formalité substantielle d'étendre le formalisme. Ce qui n'est pas souhaitable. L'irrecevabilité du recours cause certainement plus de trouble à la justice que l'omission d'une formalité. La position du Conseil d'Etat est cependant plus cohérente que celle de la Cour de cassation. En effet, le juge administratif peut soulever lui-même le problème de la nullité pour violation d'une forme substantielle (189). Il tire ainsi les conséquences logiques du fait que les formes essentielles ne sont pas édictées dans le seul intérêt des parties.

311. — Les deux procédures ont échafaudé un système analogue de distinction entre les formalités substantielles et celles qui ne sont pas exigées à peine de nullité de la procédure. On notera cependant dès à présent l'intervention accentuée du juge dans la procédure administrative contentieuse. La communication par le juge des actes de procédure offre beaucoup plus de garanties qu'une communication à l'initiative des parties. Elle est en même temps moins coûteuse. Nous avons vu que l'on s'oriente à l'heure actuelle vers un système analogue en procédure civile.

L'intervention du juge en procédure administrative contentieuse a un autre intérêt. Elle permet d'éveiller l'attention des parties sur telle ou telle autre forme qu'il est nécessaire d'observer. « Le Conseil d'Etat a... toujours admis et semble continuer à admettre que certaines irrégularités de forme, lorsqu'elles constituent la méconnaissance d'une simple formalité matérielle, sans aucune influence sur le caractère définitif des décisions non attaquées dans le délai du secours contentieux, peuvent être régularisées après l'expiration de ce délai » (190). Le Secrétariat du Conseil d'Etat invite bien souvent les requérants à régulariser leurs requêtes. « Si, ultérieurement, l'intéressé se pourvoit dans les formes régulières, le Conseil d'Etat est moralement engagé par les renseignements fournis par son Secrétariat et n'oppose aucune irrecevabilité à la requête, quelle que soit la date à laquelle elle est enregistrée au Secrétariat du contentieux, dès lors que la lettre initiale est parvenue au Secrétariat dans les délais du recours contentieux » (191). Le Conseil d'Etat tend à imposer cette pratique à toutes les juridictions administratives et tout particulièrement aux tribunaux administratifs. La Haute Assemblée exige des tribunaux administratifs qu'ils imitent

(187) 9 avril 1892. Rec. 392 ; dans le même sens, 25 janvier 1939, Elections municipales de Novella, Table vicennale 1935-1954, t. IV, p. 813.

(188) 10 septembre 1823, Guyot, Rec., t. III, 404.

(189) V. par ex. Binet précité.

(190) Odent, *Contentieux administratif*, 1957-58, fascicule II, p. 536.

(191) Odent, *op. cit.*, p. 537 v. également la chronique Combarnous et Galabert, A.J. 1959.I.157 et Section, 26 juin 1959, Syndicat algérien de l'éducation surveillée, C.F.T.C., Rec. 399, concl. Fournier.

son attitude « en demandant aux auteurs de pourvoir les justifications qu'ils avaient omis de joindre à leur demande » (192). Ainsi, le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse permet-il d'éviter de trop fréquentes nullités de procédure. En procédure civile, une telle pratique ne se retrouve pas. Elle est cependant remplacée par les habitudes judiciaires. Les mandataires des parties ont tendance à ne pas soulever d'incidents de nullité (193).

### § II. — Le rôle assigné dans l'instance aux représentants des parties.

Si nous n'avons pas constaté de différence de principe entre les deux procédures, quant à la théorie des actes de procédure, la part faite à l'écriture et à « l'oralité » se révèle être sensiblement différente. selon que l'on envisage la procédure civile ou la procédure administrative contentieuse. Cela tient à la nature et au rôle des auxiliaires de la justice employés dans l'une ou l'autre de ces matières et non pas à une opposition de principe entre les deux disiciplines.

312. — 1°) *En procédure civile.* — Les parties ont l'obligation de comparaître et de procéder devant les tribunaux de droit commun par un mandataire, l'avoué. L'avoué fait des actes de procédure. Il est l'homme de l'écriture. Une part essentielle est cependant réservée à l'élément oral. A l'audience, les avocats (194) défendent la cause des parties. L'élément oral est prédominant. L'instruction écrite reste encore secondaire. On soutient, à l'appui de ce système, que seule la procédure orale permet de respecter, de la meilleure manière, le principe du contradictoire. « Mieux que tout autre procédé, elle permet une confrontation directe des positions adverses. La procédure orale est, traditionnellement, considérée comme la plus libérale, comme inspirée par le respect le plus scrupuleux des droits individuels » (195).

Il nous paraît cependant que, s'il est souhaitable de conserver à l'avocat le droit à la parole, ce droit ne devrait pas conduire à un usage excessif de celle-ci. La longueur de certaines plaidoiries est trop contraire à une bonne administration de la justice. D'autre part, l'avocat devrait se borner à développer. dans sa plaidoirie, ses conclusions et devrait s'abstenir de soulever à l'audience tout moyen nouveau.

L'usage abusif du droit à la parole a amené le décret du 22 décembre 1958 à prévoir dans certains cas une suppression de ce droit. Les

(192) Conclusions Fournier précitées.

(193) Cuche et Vincent, *op. cit.*, p. 458.

(194) Les parties ont le droit de plaider elles-mêmes leur cause. Elles usent rarement de cette possibilité (prévue par l'article 85, C. pr. civ.).

(195) Hébraud, *op. cit.*, p. 45. V. également Crémieu L., « Traité de la profession d'avocat », 2e édition, Dalloz 1954, p. 199 ; R.W. Thorp, article précité.

nouvelles dispositions posent désormais (196) que : « Lorsque les parties auront échangé leurs conclusions contenant leurs moyens et que les pièces auront été communiquées conformément à la demande qui en aura été faite, le juge chargé de suivre la procédure convoquera les avocats. Si ces derniers, d'un commun accord, expriment l'intention de ne pas plaider à la barre, le juge les entendra en leurs explications ». Le texte initial prévoyait des mesures bien plus radicales, notamment, la possibilité d'un débat sur simples écritures. Il n'a pu être retenu en raison de la résistance des Ordres d'avocats (197). Quoi qu'il en soit, les mesures adoptées dénotent une évolution vers l'écriture, imitée des solution retenues en matière administrative.

313. — 2°) *En procédure administrative contentieuse.* — La division des fonctions entre l'avoué et l'avocat ne se retrouve pas. Les avocats (198) ont seuls la mission de défendre l'intérêt des parties. Mais ils sont plus des avoués que des avocats. Leur fonction essentielle est, en effet, de rédiger des actes de procédure. Devant les juridictions administratives, comme nous le verrons, l'essentiel de l'instruction se fait par écrit. Mémoires et contre-mémoires réalisent la contradiction aussi bien qu'un débat oral. A l'audience, d'ailleurs, les représentants des parties ne peuvent soulever d'autres moyens que ceux qu'ils ont invoqués dans leur mémoire (199). L'écriture reste la base du débat oral. Le commissaire du gouvernement Mosset (200) a justement remarqué que même les dispositions de la loi de 1889, autorisant la production de moyens nouveaux, à l'audience, devant les tribunaux administratifs, ne permettent « la production que de conclusions ou moyens *nouveaux* s'ajoutant à ceux déjà énoncés dans l'instruction écrite et constituant ainsi un accessoire, un complément à l'instruction écrite. Mais ils n'ont pas, à l'évidence, une portée plus large. Ils ne visent pas à remplacer complètement l'instruction écrite par une instruction orale, la défense écrite par une défense orale ». Ces conclusions montrent bien que le

(196) Article 81 nouveau C. proc. civ.

(197) M. R.W. Thorp note à ce propos (article précité), « Le caractère administratif de la nouvelle réforme était encore plus marqué à l'origine. Sans l'opposition vigoureuse des représentants des professions judiciaires, qui servaient l'intérêt des justiciables, le débat oral eût été purement et simplement supprimé ». Ce caractère plus marqué de l'écriture a cependant été maintenu dans le règlement des incidents de compétence.

(198) Devant les tribunaux administratifs les avoués peuvent également représenter les parties. Seuls les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ont ce pouvoir devant le Conseil d'Etat. Le ministère d'avoué ou d'avocat est en principe obligatoire sauf dérogation expresse ; sur tous ces points, v. Heurté A., « Avocats et tribunaux administratifs », A.J. 1955.I.98. Lapanouse, « L'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation devant l'histoire », Livre jubilaire du Conseil d'Etat, p. 351. Morillot, « La collaboration de l'Ordre avec le Conseil d'Etat », Livre jubilaire, p. 367.

(199) Heurté A., «-Conclusions nouvelles et moyens nouveaux à l'audience du tribunal administratif », A.J. 1957.I.37.

(200) Conclusions sur 18 janvier 1957, Mantega, A.J. 1957.II.200.

principe reste la procédure écrite (201). Le rôle du débat oral est strictement limité.

Comme on l'a vu, la tendance actuelle en procédure civile — tendance qui va de pair avec un accroissement des pouvoirs du juge — est de diminuer le rôle du débat oral. La procédure administrative contentieuse sert, en ce domaine, de guide au réformateur. Cette évolution tend, en outre, à rapprocher les professions d'avocat et d'avoué. En effet, « quand deux professions tendent à exercer le même emploi, leur dualité n'a plus de raison d'être » (202).

## Sous-section II

### Le cadre temporel de l'instance civile et de l'instance administrative.

314. — L'instance est constituée par l'enchaînement d'actes de procédure dans le temps. Chacun de ces actes doit se situer à un moment donné de la procédure. La loi fixe les modalités de cet enchaînement pour deux raisons. Tout d'abord, pour éviter une lenteur abusive dans la marche de l'instance. Ensuite, pour parer aux dangers qu'un déroulement trop rapide du procès causerait à l'une ou l'autre des parties. La théorie des délais (203) est conçue en fonction de ces deux impératifs : maximum de temps au delà duquel le délai échoit dans le premier cas, minimum de temps sans lequel le délai ne peut courir dans le second. Si les délais se bornaient à satisfaire ces deux exigences, ils seraient déjà les instruments d'un certaine politique de l'instance : faire régner l'égalité dans ce cadre. Mais deux nuances sont encore à introduire pour préciser le rôle des délais.

(201) Si le Conseil d'Etat a adopté une position inverse dans l'arrêt Mantega, c'est à raison de l'applicabilité à cette espèce des dispositions du Code de l'Urbanisme prévoyant que le tribunal administratif statue « après avoir entendu les parties ». Le Conseil d'Etat a estimé que ces dispositions confèrent aux parties « le droit de présenter ou de faire présenter des observations orales, sans subordonner l'exercice de ce droit, en ce qui concerne le propriétaire, à la production d'un mémoire écrit ».

(202) R.W. Thorp, « Perspectives sur la réforme judiciaire », *Le Monde*, 14 janvier 1960. L'ancien bâtonnier du barreau de Paris remarque en effet : « Les professions d'avocat et d'avoué se trouvent, par le développement même de la législation et de la nouvelle procédure civile, rapprochées l'une de l'autre, en dehors de la plaidoirie, dans une activité commune. »

(203) Vasseur M., « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 439. Croquez J.A., *Tableau alphabétique des délais de procédure en toutes matières, administrative, civile, commerciale, électorale, pénale, professionnelle, réglementaire*, 1954.

Tout d'abord, et nous ne reviendrons pas sur ce point, la fixation des délais peut être en apparence inégalitaire. Ainsi, avons-nous montré qu'en procédure administrative, la demande du défendeur, lorsqu'elle est reconventionnelle, n'est soumise à aucun délai, de même, l'appelant incident se voit-il offrir cet avantage. Si l'on envisage le strict point de vue des délais, on ne peut manquer de remarquer l'inégalité qu'ils introduisent entre les parties. Telle partie en sent tout le poids, telle autre en est dispensée. Mais si l'on se place sur le plan plus général de l'instance, dans laquelle les délais s'insèrent, la fonction des délais est de rétablir l'égalité entre les parties. Le demandeur a l'initiative de l'instance, il en fixe le cadre : ces deux pouvoirs lui confèrent un important avantage. En compensation, le défendeur se verra dispensé des délais. La marge de temps supplémentaire dont dispose cette dernière partie lui permettra de répondre plus utilement au demandeur.

Dans ces espèces, la fixation des délais était inégalitaire parce que rien dans la situation des parties ne la dictait. Rien, si ce n'est la considération de leur position dans l'instance. Dans une deuxième série de cas, les délais sont fixés de manière inégale en fonction de la situation des parties, notamment de leur situation dans l'espace. Le facteur temps est alors obligé de s'infléchir sous la pression des distances ; ou de telle autre initiative de l'une des parties.

315. — La comparaison entre les deux procédures, pour être valable en cette matière, exige que l'on se place à un niveau suffisant d'abstraction. Que le délai soit fixé à quinze jours dans une procédure, à un mois dans l'autre, ou qu'il soit fixé dans l'une et dans l'autre de la même façon, aucune conséquence ne peut valablement en être tirée au point de vue de notre comparaison. Ce ne sont là que les conséquences du défaut de législation commune des deux procédures. Tel délai, qui aura paru suffisant au législateur, d'un jour de la procédure civile, peut apparaître comme insuffisant au législateur de la procédure administrative contentieuse. La seule comparaison valable est entre les principes qui inspirent les deux législateurs et les deux jurisprudences. Nous les étudierons en distinguant les règles techniques régissant les délais dans les deux procédures et les règles particulières à la procédure administrative contentieuse.

## § I. — Règles techniques régissant les délais dans les deux procédures.

316. — 1°) *Computation des délais.* — Une distinction existe entre délais francs et ceux qui ne le sont pas. Le Code de procédure civile a consacré cette distinction dans son article 1033. Un délai est franc lorsque l'on exclut pour sa comparution, non seulement le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour de départ du délai, mais aussi le *dies ad quem*,

c'est-à-dire le jour de l'échéance (204). Pour le calcul des délais non francs, on exclut seulement le *dies a quo*. Tout le problème est de savoir où se situe la frontière entre les deux types de délais. D'après les textes, un délai est franc toutes les fois qu'il a pour point de départ une signification faite à personne ou à domicile. La jurisprudence admet que les délais pour comparaître, ainsi que ceux d'appel et de cassation, ont ce caractère. Mais la Cour de cassation a posé un principe qui a notablement obscurci la matière. Elle admet, depuis un arrêt du 19 octobre 1885 (205,) que la règle selon laquelle les délais qui ont pour point de départ une signification à personne ou à domicile sont francs, ne s'applique pas lorsque le législateur a manifesté la volonté que l'acte soit accompli au plus tard le dernier jour du délai. La jurisprudence a ainsi substitué à la clarté des principes l'ambiguïté d'une recherche de la volonté du législateur (206).

La distinction des délais francs et de ceux dépourvus de ce caractère paraît ignorée de la procédure administrative contentieuse. Tous les délais y sont des délais francs. Ainsi, le délai d'introduction du recours (207), le délai d'appel (208), le délai de cassation (209). Il nous paraît qu'à défaut de disposition légale en sens contraire la distinction des deux espèces de délais, génératrice de confusions, ne doit pas être appliquée dans le contentieux administratif.

317. — 2°) *Suspension et prorogation des délais.* — Les causes de suspension (atteignant provisoirement le cours du délai) ou celles de prorogation (faisant revivre un délai éteint) sont strictement énumérées par la loi.

La prorogation, mesure plus exceptionnelle que la suspension, est prononcée lorsque des circonstances extraordinaires, guerre ou autre cataclysme, ont matériellement empêché la présentation d'un recours. Une loi spéciale intervient alors dans ce but (210).

Les causes de suspension sont, au contraire, organisées par des textes permanents. La mort de l'une des parties suspend ainsi le délai, à la condition que la juridiction en ait officiellement connaissance.

Certaines causes de suspension sont particulières au délai d'introduction du recours en matière administrative. Il suffira de les signaler ici. Recours administratifs préalables (211), auxquels sont assimilés les

(204) Morel, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition, Sirey, 1949, p. 334.

(205) Civ., 19 octobre 1885, D.P. 1886.I.72 ; v. également Civ., 19 juin 1908, D. 1909.I.139 ; Civ., 3 janvier 1927, S. 1927.I.103.

(206) Cf. la critique de Morel, *op. cit.*, p. 335.

(207) Odent, « Cours de contentieux administratif », 1957-58, p. 491, v. Section, 4 juin 1954, Commune de Decines-Charpieu, Rec. 336.

(208) 20 juillet 1822, Rec., t. III, 422 ; 7 août 1885, Elections de Maureilhan, Rec. 769.

(209) 31 juillet 1953. Viret, Rec., Tables, 735.

(210) V. par ex. décret-loi du 1er septembre 1939, loi du 6 février 1953 sur la réparation des préjudices de carrière.

(211) 12 janvier 1917, Marchelli, Rec. 42.

recours devant une juridiction incompétente (212), suspendent ainsi, sous certaines conditions, le délai (213). Le requérant peut user une seule fois de ce bénéfice. La jurisprudence a cependant récemment admis que le recours devant une juridiction incompétente conservait le délai de recours, même s'il succédait à un recours administratif (214).

318. — 3°) *Expiration des délais.* — En procédure civile, l'extinction des délais n'est pas toujours sanctionnée par une déchéance. En matière administrative également, l'expiration des délais n'entraîne pas toujours, par elle-même, une déchéance.

En procédure civile, lorsque la loi fixe le délai *dans lequel un acte doit être fait,* elle sanctionne en général ce délai par une déchéance. Ainsi, l'expiration du délai pour faire appel a pour conséquence la déchéance du droit d'appel et, par suite, la consolidation de la chose jugée en première instance. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un délai *qui doit précéder un acte ou une comparution en justice*, la seule expiration du délai n'entraîne pas déchéance. Ainsi, lorsque le défendeur n'a pas constitué avoué dans le délai légal, la seule expiration du délai n'a, par elle-même, aucune conséquence si le défendeur ne fait pas diligence pour obtenir un jugement par défaut (215).

La même distinction se retrouve dans la procédure administrative contentieuse. Le délai dans lequel la requête introductive d'instance doit être adressée au tribunal est sanctionné par la déchéance du droit d'agir (216). Il en est de même du délai fixé pour faire appel. Par contre, l'expiration des délais fixés par la juridiction à une partie pour produire sa défense n'est pas, par elle-même, sanctionnée. Le tribunal peut statuer à l'expiration du délai légal. Mais s'il ne l'a pas fait, la partie défaillante peut encore produire sa défense (217).

319. — 4°) *Règles tenant compte de la situation particulière des parties.* — Deux règles communes aux deux procédures, ou qui l'ont été, doivent être étudiées ici. D'une part, la prorogation des délais à

(212) 25 mai 1928, Raynaud, Rec. 688 (assimilation remise dans une certaine mesure en cause par un arrêt Meallet du 24 janvier 1958).

(213) Sur tous ces points, v. ODENT, *op. cit.*, pp. 492 et suiv. AUBERT, *Le délai du recours pour excès de pouvoir,* Thèse, Paris, 1937 ; HOSTEING, *Le délai du recours pour excès de pouvoir,* Thèse, Paris, 1939.

(214) Section, 24 janvier 1959, Meallet, Rec. 43, A.J. 1958.II.49, observations Copper-Royer, A.J. 1958.II.92, chronique Fournier et Braibant, D. 1958.J.326, conclusions Guionin. V. également sur l'extension de cette jurisprudence au contentieux des contributions 23 juin 1958, Société X., S. 1958, p. 355, conclusions Méric.

(215) Sur tous ces points, v. MOREL, *op. cit.*, p. 338, n° 419. V. également dans le même sens l'opinion de M. J.A. CROQUEZ dans l'*Encyclopédie de procédure civile et commerciale*, V° Délai, n° 171.

(216) V. cependant TIXIER, « Les effets de l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir », D. 1957, chr. 25.

(217) 15 décembre 1876, Jantieu, Rec. 909 ; 16 octobre 1957, Commune de Challes-les-Eaux, Rec. 537.

raison des distances. D'autre part, l'application de la règle « Nul ne se forclôt soi-même ». Elles infléchissent toutes deux les délais à raison de la situation particulière de l'une des parties.

320. — A. — *La prorogation des délais à raison des distances.* — Le Code de procédure civile admet que la longueur de certains délais dépend de la situation personnelle des parties, c'est-à-dire de leur plus ou moins grand éloignement du tribunal devant lequel l'affaire est pendante. Les délais de distance réalisent cet assouplissement de la rigueur ordinaire (218).

Des textes spéciaux avaient organisé les délais de distance devant le Conseil d'Etat et les conseils de préfecture. Le décret du 30 septembre 1953 n'a pas, en les faisant des juges de droit commun, transféré aux tribunaux administratifs les règles de procédure applicables devant le Conseil d'Etat aux délais de distance (219). Aussi, la section du contentieux décida-t-elle, le 12 décembre 1958 (220), conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Braibant, que « ni la loi du 22 juillet 1889, ni le décret du 30 septembre 1953, ni aucun texte n'ont prévu pour les demandes introduites devant les tribunaux administratifs l'application des délais de distance ; que l'institution de tels délais ne peut être regardée comme présentant le caractère d'une règle générale de procédure applicable même sans texte devant une juridiction administrative ». Le décret du 10 avril 1959 (221) est venu porter remède à cette lacune de la législation en instituant les délais de distance devant les tribunaux administratifs.

321. — B. — *L'application de la règle « Nul ne se forclôt soi-même ».* — Les délais courent, en principe, à partir du jour où la partie a eu une connaissance officielle (notification ou signification) de l'acte ou du jugement qui entraîne le calcul du délai. Ainsi, le délai pour faire appel principal court, contre une partie, dès le jour où elle a reçu notification ou signification de la décision des premiers juges (222).

(218) Sur le problème de savoir à quelle catégorie de délais la prorogation est applicable, v. CROQUEZ J.A., *op. cit.*, n°s 92 et suiv.

(219) V. F. MÉJAN, « Les différences entre les procédures devant le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs », E.D.C.E. 1957, p. 142.

(220) Section, 12 décembre 1958. Levoir, Rec. 637,. 1959.J.6., conclusions Braibant. V. dans le même sens, Section, Parfaiti, 5 février 1937, S. 1938.III.73, note P. de F.R. ; 23 mars 1956, Sorin, Rec. 137 ; 29 juin 1956, Pitti-Ferrandi, Rec. 282.

(221) Article 13 : « Outre les délais de deux mois prévus aux articles précédents, les requérants qui demeurent hors de la France continentale, de la Corse et de l'Algérie ont, devant les tribunaux administratifs de la Métropole et de l'Algérie, le délai qui est fixé par l'article 73 du Code de procédure civile. Toutefois, ne bénéficient pas de ce délai supplémentaire, les requérants qui usent de la faculté, prévue par des lois spéciales, de déposer leurs requêtes à la préfecture ou à la sous-préfecture. »

(222) En procédure civile, v. les arrêts cités par P. JANVIER *in Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Appel, n°s 491 et suiv. Dans le *Contentieux administratif*, v. article 57 de la loi du 22 juillet 1889.

La règle « nul ne se forclôt soi-même » signifiait que la notification prise sur l'initiative d'une partie avait pour conséquence de faire courir le délai contre la partie adverse, mais non contre celle qui avait fait diligence pour notifier. Elle « veut dire qu'un moyen fourni par la loi pour forclore l'adversaire ne peut se retourner contre celui qui l'emploie, et donc, que les délais de procédure ne courent pas contre les parties en vertu d'actes qu'elles signifient, mais seulement en vertu d'actes qui leur sont signifiés » (223).

Cette règle, qui n'était organisée par aucun texte du Code de procédure civile, était néanmoins appliquée dans cette matière. Le législateur l'estimant « d'un formalisme excessif » l'écarta expressément pour l'appel par la loi du 23 mai 1942. La juriprudence a induit de cette intervention législative limitée le maintien implicite de la règle dans le domaine de la requête civile et du pourvoi en cassation (224).

Le Conseil d'Etat avait étendu en 1890 (225), la règle « nul ne se forclôt soi-même » au contentieux administratif. Deux espèces récentes viennent d'abandonner cette jurisprudence.

Le commissaire du gouvernement Chardeau a été tout d'abord amené à conclure à l'abandon de la règle en matière d'appel dans une espèce « Compagnie française des automobiles de place » (226). Il a noté qu'à l'époque où le Conseil d'Etat avait transposé dans son domaine la solution reçue en procédure civile, sa jurisprudence était naturellement conforme à la règle admise en procédure civile. Or, depuis, une modification législative de l'article 445 du Code de procédure a marqué à l'abandon de la règle dans cette matière. M. Chardeau estime donc qu'il convient de s'aligner sur cette solution. « Cela paraît conforme à l'esprit général du droit administratif qui obéit certes à des règles autonomes, mais qui applique les solutions du code civil ou du code de procédure civile, toutes les fois que la solution inverse n'apparaît pas commandée par un texte ou une préoccupation propre au droit administratif » (227). Le silence de la loi administrative sur le point de la notification comporte, à son avis, une référence implicite aux principes généraux de la procédure concernant l'effet des notifications. Or, actuellement, le principe général en procédure civile est que la notification est opposable à celui qui l'a faite » (228). La Section du contentieux suit son commissaire du gouvernement. Sa décision du 2 mars 1956 fait expressément référence dans ses visas à « l'article 445 du Code de procédure civile modifié par le décret du 30 octobre 1935

(223) Vizioz, *Etudes de procédure*, Bière, 1956, p. 554.

(224) Civ., 31 mars 1869, D. 1869.I.405.

(225) 1er août 1890, ministre des travaux publics c. Richard Wallace, Rec. 734, S. 1892.III.132, D. 1892.III.45. V. également 25 février 1898, Société des ateliers de construction du Nord de la France. Rec. 157.

(226) Section, 2 mars 1956, Compagnie française des automobiles de place, Rec. 103, D. 1956.J.268, conclusions Chardeau, A.J. 1956.II.107, note J.A.

(227) Conclusions Chardeau précitées.

(228) Section, 6 juin 1958, Debru, Rec. 320, conclusions Chardeau.

et par la loi du 23 mai 1942 ». Ainsi, elle abandonne, dans un souci d'unification des deux procédures, la règle « nul ne se forclôt soi-même » en matière d'appel : « ...que cette signification a fait courir le délai d'appel aussi bien à l'encontre de la compagnie auteur de la signification, qu'à l'encontre du département destinataire de ladite signification ».

Le même commissaire du gouvernement Chardeau a conclu à l'abandon de la règle dans le recours en cassation, à propos d'une espèce Debru (228 *bis*). Une raison de texte conduit cependant, nous l'avons remarqué, la Cour de cassation à consacrer une solution inverse. Mais, comme l'a justement remarqué, devant le Conseil d'Etat, M. Chardeau, « ...si une divergence entre votre jurisprudence et celle de la Cour de cassation est à craindre, il serait certes encore plus regrettable d'introduire, à l'intérieur du contentieux administratif, une divergence entre les règles de l'appel et celles du recours en cassation, alors que la procédure de ces deux recours est la même devant vous et que le même texte réglemente le point de départ du délai, à savoir, l'article 49 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ». Aussi, la Section du contentieux, en abandonnant l'application de la règle dans le recours en cassation, a-t-elle justement préféré aux contingences législatives de la procédure civile, le respect de l'esprit des lois administratives.

Est-il besoin de remarquer que cette solution a la logique pour elle. Si l'on écarte, pour simplifier la procédure, la règle « nul ne se forclôt soi-même » en matière d'appel, pourquoi ne pas l'abandonner également dans les autres domaines ?

*
* *

Toutes ces règles extrêmement techniques ne sont pas foncièrement opposées dans les deux procédures. Il n'y a aucune donnée propre à la procédure administrative contentieuse qui justifie des solutions spécifiques dans ces matières. Mais on ne peut empêcher le Conseil d'Etat, s'il juge une règle adoptée par la Cour de cassation trop compliquée ou injustifiée, de se ranger à une position différente de celle retenue en procédure civile.

### § 2. — Règles particulières a la procédure admidistrative contentieuse.

322. — La procédure administrative contentieuse constitue un milieu beaucoup plus favorable à la prolifération des délais que la procédure civile. Les litiges soumis au juge administratif sont, par nature, beaucoup plus liés à l'intérêt général que les litiges dont le juge civil est saisi. Aussi, alors qu'il n'existe pas, en principe, dans la procédure civile, un délai d'introduction de l'instance principale, la loi a fixé, en

(228 *bis*) Section, 6 juin 1958, Debru, Rec. 320, conclusions Chardeau.

matière administrative, un délai (229) au delà duquel la demande principale sera irrecevable. Le délai court à partir du moment où l'administration a formulé son opinion juridique dans un acte administratif ou encore dès l'instant où le requérant lui demande de prendre une telle décision. Le requérant doit agir dans ce délai devant la juridiction à peine de se voir opposer une fin de non-recevoir. Il s'agit d'éviter par le moyen de ce délai que des litiges administratifs subsistent à l'état latent pendant plusieurs mois ou plusieurs années, puis soient soumis à un juge après une assez longue période. La stabilité des situations juridiques est particulièrement nécessaire en matière administrative. « La sécurité et l'efficacité des décisions administratives, le respect des droits créés par elles exigent qu'au bout d'un certain délai ces décisions soient devenues définitives » (230). Il est indiscutable que l'exigence des délais est une particularité nécessaire de la procédure administrative contentieuse. Sur ce point, il est impossible de prévoir un rapprochement quelconque entre les deux matières. Dès que l'administration est en cause, la notion de délai apparaît. Ainsi, toutes les instances tendant à faire déclarer une collectivité publique débitrice doivent être formées dans un délai de quatre ans de la naissance de la créance. Cette règle de la déchéance quadriennale (231) s'applique chaque fois que l'administration est partie à une instance, et ce, aussi bien devant les tribunaux judiciaires que devant les tribunaux administratifs. Bien que la loi du 31 décembre 1957 ait transféré la compétence aux tribunaux judiciaires pour connaître des accidents causés par les véhicules de l'administration, la déchéance quadriennale peut être opposée dans ces instances (232).

Ce qui est critiquable à l'heure actuelle, c'est l'interprétation que donne le Conseil d'Etat de la notion de délai d'introduction du recours. Pour la Haute Assemblée, les recours doivent se voir opposer la barrière des délais. Parce qu'en définitive, c'est là le meilleur moyen d'endiguer le flot des recours. Et le juge le comprend bien qui, chaque fois qu'il veut réduire le nombre des recours, leur oppose une nouvelle exigence de délai (233). Nous avons vu que le juge tire des conséquences exagérées de la notion de délai. Le délai, qui est un délai d'introduction

(229) ODENT, *Contentieux administratif*, 1957-58, p. 476. V. également dans la thèse de M. KORNPROBST, l'étude du Délai du recours pour excès de pouvoir, pp. 189 et suiv.

(230) Rapport Wasmer sur la loi du 7 juin 1956 cité par KORNPROBST, *op. cit.*, p. 200.

(231) V. la bibliographie citée par le professeur L. TROTABAS dans son manuel « Institutions Financières », Dalloz, 2e édit., 1957, p. 365, n° 4.

(232) Comme le fait justement remarquer M. le professeur F.P. Bènoit dans une étude parue au J.C.P. 1958.I.1444.

(233) V. par ex. la jurisprudence Assemblée, 28 mars 1952, Martin; 4 avril 1952, Gerbaud, Rec. 211 R.D.P. 1952, p. 487, conclusions Donnedieu de Vabres, note Waline ; S. 1952.III.97, note Auby ; D. 1952.J.342, note P.L.S. ; J.C.P. 1952..II.7132, note Vedel.

de l'instance principale, devient un délai d'introduction de toute demande même relative à une instance déjà introduite.

L'existence d'un délai de recours limité ne peut être remise en cause. Il faut, cependant, éviter de glisser d'une protection justifiée de l'action administrative à une limitation abusive, par le biais des délais, des recours contre les personnes publiques.

323. — Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse introduit une seconde particularité dans cette matière. Dans le cours d'une instance donnée, des délais sont imposés. Le juge civil est bien souvent démuni de sanction, lorsqu'ils ne sont pas observés. En revanche, le juge administratif dispose de pouvoirs qui lui permettent de réagir contre la lenteur excessive de l'instance. Ainsi, le juge a le pouvoir de fixer, « eu égard aux circonstances de l'affaire, le délai accordé aux parties pour fournir leur défense... » Il adresse, par l'intermédiaire de son secrétaire-greffier, une mise en demeure à l'administration ou à la partie qui a omis d'observer le délai. Il peut accorder, en cas de force majeure, un nouveau délai. Si la mise en demeure reste sans effet ou si le dernier délai assigné n'est pas observé, le tribunal statue. Dans ce cas, si c'est le demandeur qui n'a pas observé le délai, il est réputé s'être désisté ; si c'est la partie défenderesse, elle sera réputée avoir acquiescé aux faits exposés dans le recours (234). Le caractère inquisitorial de la procédure arme le juge administratif de pouvoirs dont le juge civil se trouve démuni. Le juge est ainsi doté d'un pouvoir qui lui permet de lutter efficacement contre les manœuvres dilatoires. Il est souhaitable que la procédure civile s'inspire de cette solution du contentieux administratif.

(234) Article 56, ordonnance du 31 juillet 1945 ; article 9, loi du 22 juillet 1889 (modifié par le décret du 30 septembre 1953). V. pour des applications de ces dispositions: Assemblée, 28 mars 1947, Société des chaux et ciments haparge, Rec. 139 ; 16 octobre 1957, commune de Challes-les-Eaux, Rec. 537.

## CHAPITRE II

## *L'existence de l'instance et la situation juridique des parties.*

324. — Le litige se situe dans un cadre temporel. Les parties, ou au moins l'une d'entre elles, le demandeur, ont intérêt à ce que la solution du différend ne soit pas retardée. Il est donc important de savoir si la seule introduction de l'instance est susceptible de sauvegarder les droits et intérêts des parties que l'existence du litige peut compromettre.

En pure abstraction, une première solution se conçoit. L'ntroduction de l'instance pourrait entraîner un rétablissement automatique de la situation au profit du demandeur. Jusqu'à la solution du procès, la situation juridique des parties serait réglée sur la prétention du demandeur. En d'autres termes, l'existence de l'instance exercerait un *effet suspensif sur la prétention du défendeur.*

Cette solution ne heurte pas seulement l'équité. Elle entraînerait dans l'ordre juridique des troubles encore plus graves que ceux qu'elle veut éviter. *A priori*, la prétention du demandeur n'a pas plus de chances d'être retenue par le juge que celle du défendeur. Si le rapport juridique des parties pendant l'instance, qui diffère déjà du même rapport avant l'instance, ne tend nullement à se rapprocher de la solution du procès, on introduit par cet effet suspensif une complication inutile. Il est souhaitable que la situation juridique des parties pendant l'instance se rapproche le plus possible de cette même situation

après la solution de l'instance. Si on ne s'inspirait pas de cet impératif, on verrait ainsi le locataire occupant un immeuble, expulsé dès que le propriétaire aurait formé une demande tendant à faire déclarer la nullité du contrat de location, puis réintégré au cas où le juge rejetterait cette demande, à nouveau expulsé en cas d'appel...

Il est donc nécessaire d'envisager un règlement de la situation juridique des parties pendant l'instance, *qui se rapproche le plus possible de la chose qui sera jugée.* Mais le simple énoncé de cette nécessité montre déjà la difficulté d'une solution. Deux espèces peuvent, en effet, se présenter. Ou bien la solution de l'instance est évidente dès son introduction et le juge n'a qu'à prononcer son verdict ; il n'est pas besoin alors de solution provisoire pendant le cours de l'instance. Ou bien, comme dans la plupart des cas, le sens dans lequel la chose sera jugée n'est pas certain ; si on demande au juge de donner une solution provisoire de l'instance, qui se rapproche de la solution définitive, on l'oblige à dévoiler son raisonnement juridique et donc son opinion sur la question dont il est saisi. Comme on le dit en langage technique, les mesures provisoires ordonnées par le magistrat préjugeront le fond.

Le juge se trouve donc devant le dilemme suivant : il doit ordonner des mesures provisoires qui ne soient pas arbitraires : elles doivent donc se rapprocher de la solution définitive du procès ; or, s'il décide des mesures qui vont dans ce sens, il préjuge la solution définitive. Ce qu'il n'a pas le droit de faire.

En réalité, la question ne se pose dans des termes aussi complexes que dans *l'instance principale :* le litige n'a pas été encore jugé. Tout alignement automatique ou ordonné par le juge de la solution provisoire du procès sur la position d'une des parties, ou même, sur toute argumentation juridique, encourra le reproche de préjuger le jugement définitif. Au contraire, lors des instances dérivées, ainsi en appel, le litige a déjà été jugé. L'un des plaideurs a obtenu une satisfaction que l'appel de la partie adverse tend à remettre en cause. On conçoit fort bien ici que l'usage de la voie de recours paralyse l'effet de la chose jugée en première instance jusqu'à la solution de l'instance dérivée. Elle exerce un *effet suspensif sur la chose jugée.* Si on admettait, en effet, l'exécution immédiate d'un jugement frappé d'appel, les difficultés pratiques seraient les mêmes que si l'on acceptait une solution provisoire dans l'instance principale, qui n'aille pas dans le sens de la solution définitive. Le déroulement de l'instance donnerait lieu à une situation juridique « A » jusqu'au jugement de première instance, à l'exécution d'une situation « B », fruit du jugement de première instance, et enfin, au cas d'appel, à un rétablissement de la situation « A » si la chose jugée au premier degré est infirmée.

325. — L'effet suspensif trouve difficilement sa place en première instance. Il est au contraire particulièrement adapté au caractère des instances dérivées. Dans le premier cas, il s'agit, en effet, de l'effet

suspensif de l'activité d'une partie, il est contraire à l'égalité qui doit régner dans l'instance entre les parties. Il est question, dans la seconde espèce, de suspension des effets d'un acte juridictionnel : l'activité du juge est seule visée, l'impératif d'égalité entre les parties n'est pas atteint.

Nous verrons que, dans ces deux hypothèses, la position de la procédure administrative contentieuse est particulière. La nature des litiges administratifs s'oppose aux solutions provisoires. L'intérêt général n'autorise que dans des cas limitativement énumérés l'usage des mesures d'urgence.

## Section I

### L'effet suspensif et l'existence de l'instance principale.

326. — Dans une thèse consacrée au problème du sursis à exécution (1), M. Tourdias affirme : « Les recours contentieux formés devant la juridiction administrative contre des actes de l'administration n'en suspendent pas l'exécution... C'est l'inverse de ce qui se passe en matière civile où l'appel est suspensif, à moins que les tribunaux n'ordonnent l'exécution provisoire... Le caractère non suspensif de l'exécution constitue donc une opposition fondamentale entre les procédures civile et administrative. »

Cette opinion, qui est celle de la majorité de la doctrine, ne peut emporter l'adhésion. Elle confond la non-suspension d'un acte de l'administration, c'est-à-dire, de l'activité d'une partie ou d'une personne en cause à l'instance et la suspension d'un acte juridictionnel par l'effet d'une voie de recours. M. Tourdias compare l'effet non suspensif dans l'instance principale du recours contre un acte de l'administration, à l'effet suspensif en matière civile, dû à l'existence d'une instance dérivée en appel. Les données de comparaison qu'il retient ne sont donc pas les mêmes. Il nous faut étudier, dans les deux procédures, le problème de l'effet suspensif de *l'instance principale.*

327. — Le terme d'effet suspensif est d'ailleurs lui-même inadapté au contenu qu'on lui assigne. Il recouvre ici, à notre avis, deux phénomènes qui doivent être distingués, bien que le résultat pratique de leur usage soit identique. Deux possibilités peuvent en effet être offertes aux parties pour leur permettre de lutter contre la lenteur de l'instance ou, plus généralement, contre le déroulement du temps avant l'intervention d'un acte juridictionnel.

(1) Tourdias M., *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Thèse Bordeaux, 1956, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 1.

On peut, d'une part, investir un juge de la compétence particulière pour résoudre en un bref délai un problème *urgent*, en attendant la solution définitive. On se heurtera alors au fait qu'aucun préjugé ne doit être apporté à la solution du fond. C'est à cette première conception que répond l'usage du référé.

On peut imaginer, d'autre part, que la loi ou le juge puissent porter, à la suite de l'introduction d'une instance, une atteinte provisoire à une initiative prise par une partie qui détenait ce pouvoir. Dans ce cas, le problème de l'effet suspensif du recours juridictionnel à l'égard d'un acte unilatéral produisant des effets juridiques, se pose.

Dans le premier cas, l'urgence seule justifie la mesure demandée, l'instance déjà formée, ou éventuelle, n'est là que pour attester l'existence d'un litige. Dans le second, l'existence de l'instance constitue l'élément générateur de la mesure de suspension prise par le juge ou ordonnée par la loi.

## Sous-Section I

### L'urgence investit le juge d'une compétence particulière.

328. — Une partie, pour éviter que ses droits et intérêts soient irrémédiablement compromis pendant le cours d'une instance, ou avant son introduction, peut être amenée à demander au juge une mesure provisoire destinée à les sauvegarder ou à en aménager la preuve. Si l'urgence de ses prétentions est telle que leur examen ne puisse subir aucun retard, le juge sera obligé de statuer afin d'éviter que l'écoulement du temps ne défavorise une partie par rapport à l'autre. Pour ne pas tomber dans le vice contraire, il devra s'attacher à ne pas préjuger de la solution finale. Le juge des référés doit exercer sa compétence à travers ces exigences contradictoires : nécessité de prendre la mesure justifiée par l'urgence, obligation de ne pas nuire à la partie adverse en préjugeant le fond.

La protection de l'une des parties est assurée par la compétence de référé du juge. Celle de la partie adverse est assurée par la limitation des pouvoirs du juge quant à la mesure susceptible d'être ordonnée. Cette dernière protection se trouve en outre renforcée par la présence de la partie défenderesse à l'instance annexe en référé. Nous verrons, en effet, que cette instance doit être contradictoire. Mais lorsque la restriction des pouvoirs du juge est encore plus importante, nous apercevrons une atténuation de la protection de cette partie par l'abandon du principe du contradictoire.

En matière administrative, la question des pouvoirs du juge en cas d'urgence a souffert d'une confusion et d'une défaveur.

On a tout d'abord confondu ces pouvoirs avec la possibilité pour le

juge d'ordonner le sursis à exécution d'une décision administrative. Ainsi, lorsqu'il a été question d'introduire le référé dans la procédure administrative contentieuse, beaucoup de ses promoteurs et un nombre non moins important de ses détracteurs ont justifié les raisons de son adoption ou de son rejet à l'aide d'arguments tirés du pouvoir d'action unilatérale de l'administration. Les premiers soutenant qu'il fallait atteindre ce privilège abusif par le référé, tandis que les seconds invoquaient l'urgence de l'intérêt général pour combattre l'urgence de l'intérêt particulier.

Il en est résulté, dans l'esprit de l'administration, une défaveur pour l'extension du référé, à laquelle les tribunaux administratifs ont été souvent sensibles.

L'engouement de la doctrine (2) unanime, pour le référé, explique le rapprochement actuel de la jurisprudence avec les solutions retenues de longue date en procédure civile. Comme le déclarait, devant le Conseil d'Etat (3), le commissaire du gouvernement Lasry, « dans ce domaine nouveau que constitue pour les juridictions administratives la procédure de référé, nul doute que votre jurisprudence naissante doive s'aligner autant que possible sur celle qui est le fruit d'une expérience plus grande des tribunaux judiciaires »...

### § I. — L'URGENCE EST LA SOURCE DES POUVOIRS DU JUGE.

329. — *En procédure civile,* la procédure des référés (4) tire son origine de la pratique du lieutenant civil du Châtelet de Paris. Le Code de procédure civile l'a reprise dans son article 806. Il y a lieu

(2) GABOLDE C., « Pour un véritable référé administratif », D. 1949, chr. 172. GABOLDE C., *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français*, thèse, Paris, 1952. DRAGO R., « La procédure du référé devant le Conseil d'Etat », R.D.P. 1953, p. 297. MÉJAN F., « Référé administratif. Sursis à exécution. Expertise d'urgence », *Revue administrative*, 1954, p. 257. GABOLDE C., « A quoi correspond le nouveau référé administratif ? » D. 1955, chr. 30. MÉJAN F. « Le nouveau référé administratif », *Revue administrative*, 1955, p. 156. LONG M., « La procédure de référé devant le Conseil d'Etat », A.J. 1955.II *bis*.3. FONT RÉAULX P. de, « Le référé administratif », R.P.D.A. 1956, p. 6. HOURTICQ, *Le référé administratif, Département et Communes*, 1956 p. 13, p. 47. BONNEAU, « Contribution jurisprudentielle à l'essor du référé administratif », R.P.D.A. 1957, p. 142. Deux thèses ont été consacrées à l'étude de ce problème : JAMPY, *La juridiction des référés dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, 1919 ; HOUALET, *Le référé administratif*, thèse, Rennes, 1958 (dactylographiée).

(3) Conclusions Lasry sur Section, 15 juillet 1957, ville de Royan, R.D.P. 1958, p. 109

**(4) MÉRIGNHAC,** ***Traité théorique et pratique des ordonnances sur requête et des référés***, 2 édition, 1923. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD et SEIGNOLLE, ***Traité des référés et des ordonnances sur requête.***

à référé « dans tous les cas d'urgence » (5). L'urgence, et elle seule, permet au demandeur en référé d'obtenir des mesures provisoires. Elle est la condition sans la réalisation de laquelle le juge des référés ne peut exercer sa compétence. De l'étude de la jurisprudence, il ressort que les Cours et tribunaux ne retiennent pas une définition uniforme de l'urgence. Il est vrai que cette notion doit être adaptée à tous les cas concrets susceptibles de se présenter. L'urgence à faire vérifier la viabilité d'un enfant ou à faire constater l'usage abusif de certaines sources ne participe pas du même caractère. Il n'en demeure pas moins que la directive générale poussant le juge à reconnaître l'urgence peut être dégagée. Il y a urgence à ordonner une mesure lorsque l'écoulement du temps risque, dans le déroulement de l'instance future, d'avantager une partie vis-à-vis de l'autre. Le dommage que le retard cause, ou peut causer à une partie, justifie le référé Mais s'il le justifie, c'est uniquement parce que subi par une seule des parties, il atteindrait le principe de l'égalité des parties dans l'instance. Aussi, plusieurs décisions exigent-elles que le préjudice susceptible d'être causé par le retard soit irréparable : c'est-à-dire, que la *restitutio in integrum* par l'instance future soit impossible.

330. — *Dans la procédure administrative contentieuse,* la compétence particulière du juge en cas d'urgence ne s'est instaurée que progressivement. Le Conseil de préfecture de la Seine avait tenté dès 1830 de permettre le référé par voie jurisprudentielle. Mais le Conseil d'Etat se fondant sur l'absence de toute loi donnant ce pouvoir, réforma les arrêtés statuant en référé (6). Les conseils de préfecture prirent alors l'habitude d'ordonner, *dans tous les cas d'urgence*, des constats. Le Conseil d'Etat admit la légitimité de cette pratique (7) que la loi du 22 juillet 1889 devait consacrer (8). Mais le constat d'urgence n'offrait pas la variété d'ouvertures du référé civil. Aussi, les auteurs de l'ordonnance du 31 juillet 1945 permirent-ils au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat d'ordonner, en cas d'urgence, toutes mesures utiles. Il restait à instaurer le référé devant les tribunaux administratifs. Ce fut l'objet de la loi du 18 novembre 1955.

(5) FRANCES, *Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, thèse, Toulouse, 1935. MICHAUD, *La notion d'urgence en droit judiciaire*, thèse, Paris, 1954 (dactylographiée). VASSEUR M., « *Urgence et droit civil* », Rev. trim. dr. civ., 1954, p. 429.

Il existe une autre forme de référé prévue par l'article 806 qui concerne les voies d'exécution. Nous ne l'étudierons pas ici.

(6) 12 avril 1838, Fessin et Bresson, S. 1839.II.58, cité par DRAGO, R.D.P. 1953, p. 297.

(7) 26 décembre 1873, ville d'Alger, Rec. 966 ; 2 mai 1884, Maquenne, Rec. 342. V. TEISSIER et CHAPSAL, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, Paris, 1891, p. 164.

(8) Article 24 de la loi du 22 juillet 1889, « En cas d'urgence, le président du Conseil de préfecture peut, sur la demande des parties, désigner un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant ce conseil. Avis en est immédiatement donné au défendeur éventuel ».

Devant les juridictions de premier ressort, ainsi que devant le Conseil d'Etat, l'urgence, à l'image de la procédure civile, permet au juge d'ordonner des mesures provisoires. Les commissaires du gouvernement ont repris en ce domaine, de manière expresse (9), les solutions de la jurisprudence judiciaire. Il faut et il suffit que l'on se trouve en présence d'une « situation risquant de devenir irréparable, telle la disparition ou la dénaturation des faits ayant causé un dommage (10) ». Ainsi, il y a urgence à constater un dommage datant de plusieurs mois, « l'intéressé ne pouvant reprendre l'exercice normal de son commerce sans recourir à une mesure conservatoire des preuves. à le supposer existant, du dommage allégé » (11). De même, il y a urgence à constater l'état d'une marchandise bloquée en douane, la marchandise très périssable subissant de graves détériorations (12).

331. — *Comparaison des solutions retenues dans les deux procédures.* — Les deux jurisprudences exigent donc qu'une situation urgente existe pour que le juge puisse ordonner des mesures provisoires. L'urgence déborde cependant de ce cadre. Un lien direct doit subsister entre la situation urgente et les mesures ordonnées. « Le pouvoir du juge des référés d'ordonner les mesures prévues... est subordonné à la condition que lesdites mesures présentent un caractère d'urgence (13). » Ainsi, le juge des référés serait incompétent pour ordonner la constatation d'un état de choses insusceptible de se modifier alors que, *dans le même litige*, d'autres mesures seraient susceptibles d'être ordonnées. La condition d'urgence glisse donc de la situation en cause à la mesure demandée.

La part prise par l'urgence s'explique. C'est, en effet, la seule condition ouvrant l'instance annexe à la suite de laquelle peuvent être ordonnées des mesures provisoires. Il s'agit d'éviter la lenteur d'une instance principale. A cette fin, naît l'instance annexe en référé causée et donc dominée par la notion d'urgence.

### § II. — Les mesures ordonnées par le juge se situent dans le cadre d'une instance annexe.

332. — L'instance tendant à obtenir du juge des mesures urgentes est une instance annexe. Elle tend en effet à faire prendre, par le

(9) Conclusions Grévisse sur Section, 14 mars 1958, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au logement.

(10) Bonneau H., « Contribution jurisprudentielle à l'essor du référé », R.P.D.A. 1957, p. 142.

(11) Tr. adm. d'Alger, 26 mars 1957, Bourma, Rec. 739.

(12) 25 juin 1952, Fousse et Ewald, note Drago, R.D.P. 1953, p. 297.

(13) Section, 14 mars 1958, précité.

juge, des mesures valant pendant toute la durée de l'instance principale, déjà engagée ou à former. Toutes les conditions que doivent remplir les mesures ordonnées, ainsi que la procédure à suivre, sont marquées par l'existence de cette instance principale.

333. — 1° *La nature des mesures ordonnées découle de l'existence d'une instance principale.* — La demande de mesures urgentes ne sera pas recevable si cette instance principale n'existe pas, au moins de manière potentielle. Elle devra, d'autre part, tenir compte du fait que les pouvoirs du juge sont provisoires. Ils ne peuvent donc préjuger de la solution de l'instance principale.

334. — A. *Le juge compétent en matière d'urgence n'exerce pas des pouvoirs de nature gracieuse.* — La jurisprudence pose que la juridiction des référés, de même que celle du tribunal tout entier, dont elle n'est qu'un démembrement, suppose l'existence d'un litige entre un demandeur et un défendeur (14).

La jurisprudence civile admet cependant qu'une expertise puisse être ordonnée en référé en vue d'un procès à former ultérieurement. Mais on trouve, dans les espèces qui se prononcent dans ce sens, l'idée que la situation est déjà contentieuse alors même qu'aucune instance n'a été encore formée (15).

Les juridictions administratives, sur l'injonction de leurs commissaires du gouvernement (16), se sont alignées sur la position des tribunaux judiciaires. « Dans toutes les décisions rendues à ce jour par le Conseil d'Etat en matière de référé... il existait entre les parties à l'instance de référé, une situation contentieuse ou au moins pré-contentieuse » (17). Comme l'a remarquablement dégagé le commissaire du gouvernement, Lasry, le litige né et actuel, condition de recevabilité d'une demande urgente, n'implique pas forcément une instance déjà introduite devant les juges du fond. Il suffit qu'il existe des difficultés sérieuses entre le demandeur en référé et une autre personne, susceptibles de donner lieu contre cette personne devant le juge du fond à une instance contentieuse que le référé a pour objet « de préparer, ou éventuellement, de prévenir (18) ».

(14) Paris, 6 juillet 1866, v. « Encyclopédie procédure civile et commerciale », Dalloz, V° Référé civil, n° 70. Conclusions Lasry sur Section, 15 juillet 1957, Ville de Royan, R.D.P. 1958, p. 111.

(15) Paris, 6 juillet 1866 précité ; comp. à Rennes, 16 mars 1926, D.H. 1926.326.

(16) Conclusions Lasry précitées : après avoir décrit la position des tribunaux judiciaires, le commissaire du gouvernement Lasry a déclaré : « Cette jurisprudence nous paraît devoir être adoptée en matière de référé administratif. »

(17) Conclusions Lasry précitées.

(18) Conclusions précitées, R.D.P. 1958, p. 112, v. par exemple Section, 13 juillet 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction c. consorts Guibout, A.J. 1956.II.321, conclusions Chardeau, A.J. 1956.II.399, note Fournier et Braibant, R.D.P. 1957, p. 296, note Waline, Section, 12 octobre 1956, Saporta, A.J. 1956.II.410, conclusions Long.

Il n'en résulte pas pour autant que des mesures urgentes ne puissent être ordonnées lorsque le juge est déjà saisi de l'instance principale. Cette instance et l'instance annexe ne se confondent pas. La première tend à mettre fin au litige, la seconde vise à éviter le dommage créé par la fuite du temps. Aussi, les tribunaux judiciaires (19) et administratifs (20) reçoivent-ils les demandes urgentes, même si le juge du fond est déjà saisi de l'instance principale. Si la règle suivie est la même (21), son application, du point de vue quantitatif, dans les deux jurisprudences, ne l'est pas. Le référé en cours d'instance est beaucoup plus fréquent en procédure administrative contentieuse qu'en procédure civile : *le ralenti de la justice administrative en est la seule cause.*

335. — B. *Les pouvoirs du juge sont limités par l'existence de l'instance principale.* — L'instance annexe ne doit pas empiéter sur l'instance principale. Il en résulte que le juge compétent à raison de l'urgence n'aura aucune des deux prérogatives juridictionnelles qu'il possède lors du jugement de l'instance principale. Il ne pourra ordonner que des mesures provisoires, son jugement sera dénué, en conséquence, de toute autorité de la chose jugée. Il ne pourra, d'autre part, préjudicier, en aucune façon, la solution de l'instance principale. Les pouvoirs du juge sont limités par la nécessité de ne pas léser les intérêts de la partie autre que celle qui a demandé la mesure urgente. Il ne faut pas que, sous prétexte d'urgence, on amène insensiblement le juge à statuer sur le fond, dans un sens défavorable à cette partie. Aussi, la présence de cette dernière dans l'instance annexe est-elle exigée, dans la mesure où elle s'avère nécessaire à la protection de ses droits.

336. — a) *Le juge d'urgence ne peut ordonner que des mesures provisoires ne préjudiciant pas au principal.* — Les mesures ordonnées par le juge sont destinées à régler la situation urgente jusqu'au jugement. Même si dans son jugement définitif le juge du fond les reconduit, elles tireront leur efficacité de ce jugement et non pas

(19) Req., 27 octobre 1903, S. 1904.I.337 ; Req., 4 mai 1910, D.P. 1910.I.385 ; Lyon, 1er juillet 1948, D. 1948.J.542.

(20) Section, 15 juillet 1957, Ville de Royan, conclusions Lasry. R.D.P. 1958, p. 109. M. Lasry déclarait dans ses conclusions (p. 112) : « Solution qui coule de source et qu'il n'y a aucune raison de ne pas transposer dans le domaine des référés administratifs, ce qui en l'espèce nous permettra, en tout état de cause, de négliger la circonstance que la ville s'est récemment décidée à engager une procédure de déchéance contre la société des casinos. »

(21) V. sur les hésitations en matière civile, Penelle, *Le référé en cours d'instance*, thèse, Paris, 1934.

de la décision d'urgence. Elles sont donc *provisoires*. Il en résulte qu'on ne peut leur reconnaître l'autorité de chose jugée (22).

Le juge ne doit pas, d'autre part, faire préjudice au principal. Cela signifie que sa décision ne doit trancher en aucune manière le fond du litige. Aucune modification ne doit être apportée à la condition juridique des parties. Le procès doit rester entier. Préjudicie au principal, toute mesure « qui implique une prise de position sur une question touchant au fond du droit ou qui, par son objet, porte sur le fond du droit (23) ». S'il est facile de définir ainsi, en principe, la notion de préjudice au principal, il est beaucoup plus difficile de déterminer, dans la pratique, la ligne de démarcation des mesures préjudiciant au fond. Ainsi, lorsque la Cour de Paris déclare que le juge d'urgence est incontestablement compétent pour ordonner l'expulsion d'un locataire qui a changé la destination des lieux loués (24), il est incontestable que l'on permet de cette façon au juge d'urgence de préjudicier au principal. Le juge du fond peut estimer, en effet, que la destination des lieux n'a pas été modifiée. L'appréciation du juge d'urgence empiète donc sur la compétence du juge du fond.

Aussi, les tribunaux judiciaires ont-ils essayé de justifier cette extension des pouvoirs du juge d'urgence. Ils ont admis que le juge d'urgence fasse préjudice au principal, c'est-à-dire, qu'il prenne une mesure urgente contraire au droit prétendu de l'une des parties, dans tous les cas où la contestation soulevée par cette partie sur le fond du droit n'est pas sérieue (25). Le juge des référés est ainsi amené à dire si l'objection soulevée contre le demandeur des mesures d'urgence est ou non justifiée. On ne peut dire qu'il ne préjudicie pas le fond.

De même, le juge administratif saisi d'une demande en référé est amené à déterminer si le recours au fond est appelé à se heurter à une irrecevabilité manifeste (26). Or, comme l'a justement noté M. le Professeur Waline (27), on peut se demander si cette solu-

(22) Req., 24 novembre 1863, D.P. 1864.I.35 ; Civ., 10 janvier 1939, S. 1939.I.93, Rev. trim. dr. civ., 1939, 807. Section, 3 octobre 1958, Société des autocars garonnais, Rec. 468 : « ... l'autorité de chose jugée ne peut s'attacher à une ordonnance de référé ou à l'arrêt rendu sur un appel dirigé contre une telle ordonnance, lesdites décisions ayant un caractère provisoire et ne faisant aucun préjudice au principal... » Le juge ne peut rétracter son ordonnance que si des faits nouveaux surviennent, Civ., 10 janvier 1939, S. 1939.I.93.

(23) Conclusions Grévisse sur Section, 14 mars 1958, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement, A.J. 1958.II.186.

(24) Paris, 8 février 1883, D.P. 1884.II.32.

(25) Comm., 10 novembre 1947, D. 1947.J.529, rapport Lerebours-Pigeonnière, note P.L.P.

(26) V. par ex. 10 mai 1957, Sous-Secrétaire d'Etat à la Marine Marchande c. Commune de Saint-Brévin-les-Pins. Rec. 306.

(27) Note sous Section, 13 juillet 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement, R.D.P. 1957, p. 296.

tion n'est pas contraire à la règle qui interdit au juge des référés de préjudicier au principal. « Telle irrecevabilité d'une action éventuelle, qui peut sembler « manifeste » au juge des référés ou au juge d'appel des référés, pourrait ne pas paraître telle au juge du principal. »

La notion de contestation sérieuse et celle d'irrecevabilité manifeste encourent donc les mêmes reproches. Irrecevabilité manifeste, contestation sérieuse, « l'antithèse des mots recouvre des choses différentes, inspirées pourtant d'un esprit semblable (28) ». Si la solution provisoire ordonnée en référé va dans le sens de la solution définitive, le risque que nous énoncions en commençant cette étude : le préjugé au fond, n'est pas évité. Il est donc nécessaire que la partie adverse du demandeur d'urgence soit protégée.

337. — b) *La protection des droits et intérêts de la partie adverse du demandeur d'urgence dépend de la nature des mesures demandées.* — Il existe en procédure civile, de même que dans la procédure administrative contentieuse, deux mesures d'urgence, au sens où nous les entendons ici. L'aménagement de la protection de la partie adverse du demandeur d'urgence tend à s'orienter de manière différente, selon le type de mesure demandée.

*En procédure civile*, les ordonnances de référé et les ordonnances sur requête se distinguent par le caractère contradictoire ou non de la procédure suivie. En référé, le défendeur est appelé par un exploit d'ajournement. Les ordonnances sur requête sont, au contraire, prises sur requête unilatérale émanant d'un particulier, sans que la partie adverse soit préalablement avertie.

La différence des mesures ordonnées dans ces deux procédures amène une différence de nature des ordonnances de référé et des ordonnances sur requête. Les premières sont des mesures contentieuses ordonnées par le juge ; elles ne peuvent certes préjudicier au fond, mais elles peuvent causer un préjudice à la partie adverse (29). Il est normal que la procédure suivie en référé soit contradictoire et que les ordonnances rendues soient susceptibles d'appel. Les ordonnances sur requête sont rendues dans des domaines qui ne sont pas vraiment contentieux ou, plus exactement, ce sont des actes administratifs qui ne tranchent aucun litige ni aucune question litigieuse (30). Lorsque le juge ordonne un constat d'adul-

(28) Chronique Hébraud, Rev. trim. dr. civ., 1958, p. 653.

(29) Req., 17 février 1874, D.P. 1874.I.444, rapport Gouget. Cet arrêt déclare notamment : « ... l'article 809 du Code de procédure civile porte que les ordonnances rendues par le président ne feront aucun préjudice au principal ; qu'il faut en conclure qu'elles ne lient en aucune façon le tribunal pour l'appréciation du litige au fond, mais qu'on ne saurait en induire que le président n'a, dans aucun cas qualité pour prescrire, à titre provisoire, une mesure de nature à causer à l'une des parties un dommage irréparable en fait. »

(30) Vizioz *in* Rev. trim. dr. civ., 1945, p. 209.

tère (31) sur requête d'une partie, ou même, lorsqu'il autorise une autre personne à pratiquer une saisie-arrêt sans titre, ne s'écarte-t-il pas du cadre étroit des ordonnances sur requête, et ne prend-il pas une mesure contentieuse lésant les intérêts de la partie adverse (32) ?

Il est aussi difficile de distinguer en pratique, ordonnances sur requête et ordonnances de référé, que de dire si les mesures urgentes accordées par le juge préjugent ou non le fond. En réalité, dans toutes ces mesures d'urgence, une large marge d'appréciation est laissée au juge par la Cour de cassation. Il doit découvrir, à la lumière de l'urgence et des droits et intérêts définitifs des parties, une solution provisoire, adaptée à chaque cas d'espèce.

Dans la *procédure administrative contentieuse*, deux types de mesures d'urgence sont à distinguer : constat d'urgence et référé.

Le constat d'urgence (33) est ordonné, sur la requête de l'une des parties, pour constater rapidement des faits susceptibles de disparaître. La procédure suivie n'est pas contradictoire. Les pouvoirs de l'expert qui peut être commis sont en effet très limités « il y a lieu... de ne retenir pour être soumise à l'expert, que la constatation matérielle des faits, à l'exclusion de toute évaluation en argent et en limitant le constat aux seuls faits qui seraient de nature à ne pouvoir être utilement constatés au cours de l'expertise éventuelle sur le fond du litige qui doit, en l'état, rester réservé (34) ». De toute manière, une fois la mesure prise, avis en est immédiatement donné « aux défendeurs éventuels ».

En référé, la variété des mesures que le juge peut ordonner est plus grande. Les pouvoirs de l'expert commis ne sont pas restreints à une simple contatation. Aussi la loi prévoit la notification de la demande en référé au défendeur éventuel. Une procédure contradictoire est donc aménagée pour protéger les droits et intérêts de la partie adverse.

Cette distinction entre constat d'urgence et référé ne peut manquer d'être rapprochée de la distinction parallèle entre ordonnances sur requête et ordonnances de référé. On a voulu instaurer dans les deux procédures des variétés de mesures d'urgence en distinguant selon l'atteinte qu'elles peuvent ou non apporter à la situation de la partie adverse. La distinction est cependant opérée en procédure

(31) Crim., 17 février 1950, D. 1950.J.347, note Vouin.

(32) Aussi le juge a-t-il pris l'habitude d'insérer à la suite de son ordonnance sur requête la clause de référé : il ordonne la mesure sollicitée et il ajoute « sous réserve de nous en référer en cas de difficultés ».

(33) Prévu par la loi du 22 juillet 1889, article 24, le constat d'urgence avait été supprimé par suite d'une inadvertance par la loi du 28 novembre 1955, il a été rétabli par l'article 3 du décret du 10 avril 1959. V. à ce sujet MÉJAN F., « La réforme de la procédure contentieuse administrative », Rev. adm. 1959, p. 144 notamment, p. 148.

(34) Formule du tribunal administratif de Lille citée par MÉJAN F., article précité, p. 148.

administrative contentieuse selon des critères plus sûrs. La limitation au simple constat de la mesure ordonnée évite dans la plupart des cas le préjudice au fond.

338. — 2° *La compétence et la procédure concernant les mesures d'urgence dépendent de l'existence d'une instance principale.*

A. — Le Président de la juridiction auprès de laquelle le référé est organisé a compétence pour ordonner les mesures d'urgence. Le juge compétent pour statuer sur la demande de mesures d'urgence devrait être, en principe, le juge de la compétence duquel sera l'instance principale. Des dérogations ont toutefois été admises à cette règle en matière de compétence territoriale.

*a*) Le juge civil ou le juge administratif ne peuvent connaître en référé de questions relevant de l'autre Ordre de juridictions. Lorsqu'il n'existait pas de mesures d'urgence en droit administatif, plusieurs décisions avaient admis que le président du tribunal civil, statuant en référé, était compétent, non seulement pour les matière civiles, mais même pour les matières administratives dont la compétence n'appartenait pas, en principe, à l'autorité judiciaire (35). Très vite, plusieurs arrêts sur conflit (36), vinrent enserrer la compétence du président du tribunal dans le même cadre que celui des juridictions de l'Ordre auquel il appartient. Cette jurisprudence ne s'est pas démentie depuis (37).

La compétence *ratione materiæ* doit également être respectée à l'intérieur d'un même Ordre de juridictions. Les tribunaux judiciaires ont, les premiers, posé le principe de la limitation de la compétence du juge d'urgence aux litiges dont la connaissance lui appartient quant au fond. Ainsi, le président du tribunal civil, saisi d'affaires urgentes, ne peut en connaître que dans la mesure où elles relèvent au fond de la compétence de ce tribunal. Il ne peut ainsi connaître de litiges relevant de la compétence du juge de paix (38), des tribunaux de commerce (39) ou encore, de toute juridiction spéciale.

(35) Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, Paris, 1891, p. 163.

(36) 22 janvier 1867, Payot, Rec. 90 ; 18 novembre 1869, Mohamed, Rec. 896.

(37) T.C., 14 janvier 1880, Frères des écoles chrétiennes, Rec. 19 ; T.C., 23 janvier 1888, Serra et d'Ortoli, Rec. 952 ; T.C., 12 mai 1949, Dumont, Rec. 596. Montpellier, 19 mai 1954, D. 1954.J.762 ; T.C., 25 mars 1957, Hospices civils du Puy, A.J. 1957.II.284 obs. Pinto. Les tribunaux administratifs s'interdisent également de connaître en référé d'affaires relevant de l'ordre des juridictions judiciaires. Tr. adm., Oran, 26 juillet 1957, dame veuve Benhamou, Rec. 775 ; Tr. adm. Nice, 8 novembre 1957, Goutagny, Rec. 794 ; 13 février 1959, établissements Dubonnet, R.P.D.A. 1959. p. 46.

(38) Civ., 18 décembre 1872, D.P. 1873.I.129 (deux arrêts).

(39) Civ., 17 mai 1922, D.P. 1922.I.185.

Le commissaire du gouvernement Lasry (40) a prêché au Conseil d'Etat l'alignement sur la solution des tribunaux judiciaires. Le juge des référés « ne constitue pas une juridiction autonome, mais une simple émanation de la juridiction à laquelle il appartient ». Ses pouvoirs ne peuvent être plus étendus que ceux concernant l'instance principale. La compétence sur cette instance principale doit servir de modèle à la compétence du juge d'urgence. « ... Par analogie avec la jurisprudence de la Cour de cassation et du tribunal des conflits en matière de référé civil... » le commissaire du gouvernement Lasry a invité le Conseil d'Etat à poser en principe « que la compétence du juge des référés administratifs est limitée aux mesures qui peuvent se rattacher à un litige principal, actuel ou éventuel, relevant lui-même de la compétence du tribunal administratif, c'est-à-dire de la juridiction dont le juge des référés n'est qu'un démembrement ».

La Haute Assemblée a suivi M. Lasry dans ses conclusions. Par une décision Ville de Royan, du 15 juillet 1957 (41), elle décide que le président d'un tribunal administratif statuant en référé ne peut connaître d'affaires relevant de la juridiction des dommages de guerre. Le Conseil d'Etat applique, ainsi, en matière de référé, une solution qu'une jurisprudence constante retenait pour le constat d'urgence (42), à l'imitation des tribunaux judiciaires.

*b*) En matière de compétence territoriale, des assouplissements ont été apportés à la rigidité de ce lien entre l'instance principale et l'instance annexe.

La jurisprudence civile a admis, le 4 mai 1910 (43), tout en maintenant le principe de la saisine du juge territorialement compétent au fond, que le juge du lieu de l'incident puisse être saisi en cas d'extrême urgence.

En matière administrative, le décret du 10 avril 1959 a reconnu que le juge, statuant sur un constat d'urgence, pouvait connaître « des faits survenus dans le ressort de son tribunal qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant un tribunal administratif ». Aucune règle analogue n'ayant été adoptée pour le référé, il faut en conclure qu'un tel assouplissement ne peut être apporté à la compétence territoriale (44). Les règles de compétence *ratione loci* ont, dans le contentieux administratif, comme nous le verrons, un caractère plus accusé qu'en procédure civile.

(40) Conclusions sur Section, 15 juillet 1957, Ville de Royan, R.D.P. 1958, p. 109, notamment, p. 115.

(41) V. note précédente.

(42) 26 décembre 1903 Brunelat, D.P. 1905.III.36 ; 12 janvier 1934, Port autonome de Bordeaux, D.H. 1934.153.

(43) Civ., 4 mai 1910, D.P. 1910.I.385, note H. Lalou.

(44) Dans notre sens, v. MÉJAN F., article précité, p. 151.

B. — Les règles de procédure, tout en s'inpirant de la procédure de l'instance principale, tiennent compte du fait qu'il y a urgence.

En *procédure civile*, aucune assignation du défendeur n'est exigée pour les ordonnances sur requête. Pour introduire les mesures de référé, un ajournement de la partie adverse est, au contraire, nécessaire. Les délais de comparution peuvent cependant, en cas d'urgence, être réduits. Pour obtenir une ordonnance sur requête, la représentation par avoué est nécessaire, elle ne l'est pas en matière de référé. Le président du tribunal statuant en référé ordonne, le plus souvent, les mesures à l'audience même. Il garde néanmoins le droit de renvoyer l'affaire à une audience du tribunal tout entier (45). La procédure reste, même dans ce cas, une procédure simplifiée. La décision prise est exécutoire de plein droit — après signification à l'intéressé — même si celui-ci fait usage des voies de recours. Dans certains cas d'absolue nécessité, le président peut même permettre au requérant l'exécution sans signification préalable et sur minute. L'ordonnance de référé peut être frappée de la voie de recours de l'appel dans un délai de quinze jours.

La *procédure administrative contentieuse* s'inspire également de l'urgence et de l'existence de l'instance principale. La requête de référé ou de constat d'urgence peut être formée « *même en l'absence d'une décision préalable* » (46). Le demandeur ne sera pas ainsi paralysé pendant quatre mois par le refus de décision de l'administration alors que des mesures urgentes s'imposent. Dans le même esprit de simplification le décret du 10 avril 1959 a précisé que la demande de constat peut être présentée « avec ou sans ministère d'avocat ». Pour le référé, par contre, le monopole d'avocat a été maintenu (47). Le président statue, en principe, seul. Toutefois, certains tribunaux administratifs avaient admis, s'inspirant de la procédure civile, qu'il puisse renvoyer l'affaire devant le tribunal administratif statuant collégialement. Le Conseil d'Etat, par une décision de Section du 13 juillet 1956 (48), a consacré cette solution conformément aux conclusions

(45) Req., 6 mars 1834, S. 1834.I.154.

(46) La précision a été introduite par le décret du 10 avril 1959.

(47) Malgré l'avis contraire de la conférence des présidents des tribunaux administratifs, v. F. MÉJAN, « La réforme de la procédure contentieuse administrative », Rev. adm., 1959, p. 144. Il n'en est ainsi que tout autant que la demande en référé se rattache à un recours au fond pour lequel ce ministère est obligatoire. Par contre, si ce recours en est dispensé (recours pour excès de pouvoir par exemple), l'instance en référé sera soumise à la même dispense (12 octobre 1956, Saporta, Rec. 366, A.J. 1956.II.410, conclusions Long ; 10 mai 1957, Secrétaire d'Etat à la Marine Marchande c. commune de Saint-Brévin-les-Pins, Rec. 306, A.J. 1957.II.246, conclusions Lasry).

(48) Section, 13 juillet 1956, Secrétaire à la Reconstruction, Rec. 338 (1re espèce), conclusions Chardeau. Le commissaire du gouvernement Chardeau a remarqué (Rec. 342) : « ... dans ce domaine nouveau que constitue pour les juridictions administratives l'utilisation du référé, il est préférable de s'aligner sur l'expérience plus grande des tribunaux judiciaires, les différences des deux procédures, en droit

du commissaire du gouvernement Chardeau. « En confiant au président du tribunal administratif ou au magistrat qu'il délégue le pouvoir de prendre, en cas d'urgence, toutes mesures utiles », la loi du 28 novembre 1955 « a entendu non pas instituer une juridiction nouvelle, distincte du tribunal administratif et dotée d'une compétence propre, mais seulement organiser, dans le cadre de ce tribunal, une procédure particulière dans laquelle, à raison de l'urgence, le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, est habilité à statuer aux lieu et place du tribunal ; ...cette disposition ne fait donc pas obstacle à ce que le président, ou le magistrat qu'il délègue, saisi dans les conditions qu'elle prévoit, renvoie au tribunal administratif le jugement des demandes qui lui paraissent présenter des difficultés graves et susceptibles d'une discussion sérieuse... ».

L'ordonnance rendue est comme en procédure civile exécutoire par provision. L'appel, possible dans les quinze jours, n'est pas suspensif de l'exécution .Toutefois, en matière de référé, une règle particulière à la procédure administrative est fixée par la loi. Le président de la Section du contentieux peut immédiatement suspendre, à titre provisoire, l'exécution de l'ordonnance. Cette mesure est destinée à éviter — vu l'intérêt public qui peut être en jeu — que le référé nuise pendant toute la durée de l'instance au fond à l'action de l'administration.

*
**

333. — Les règles essentielles des mesures d'urgence, et notamment celles du référé, ont été transposées, sans grande modification, de la procédure civile à la procédure administrative contentieuse. Le référé est la plus employée des procédures d'urgence en droit administratif. Déjà, certains présidents sont obligés de lui consacrer des audiences entières (49). Il n'en demeure pas moins que son usage n'est pas aussi fréquent que dans la procédure civile, et ceci pour trois raisons essentielles.

— La défiance du Conseil d'Etat pour les mesures d'urgence a été bien souvent remarquée. Le référé a pâti de l'usage exceptionnel que les juridictions administratives faisaient du sursis. On lui a appliqué, notamment en ce qui concerne l'urgence, des définitions

privé et en droit public, sont réelles mais moins grandes cependant que leurs points communs. Une divergence entre les deux ordres de juridictions doit être évitée, toutes les fois qu'une raison sérieuse ne l'impose pas, rappellions-nous dans une affaire récente où vous avez renoncé à l'application de la règle « Nul ne se forclôt soi-même », pour mettre votre jurisprudence en harmonie avec les nouvelles dispositions du Code de procédure civile (Section, 2 mars 1956, Compagnie françaises des automobiles de place) ».

(49) Long, Weil et Braibant, 2e édition, p. 447.

plus libérales que celles utilisées en matière de sursis. Mais ce libéralisme n'est vraiment tel que si on le compare à la rigueur qui règne dans cette autre procédure d'urgence. Autrement dit, la rigueur des conditions du sursis est considérée comme le principe. Les auteurs soutiennent que la position du Conseil d'Etat en matière de référé est libérale parce que la Haute Assemblée consent à desserrer un peu l'étau qui empêche l'expansion du sursis. Le Conseil d'Etat devrait, au contraire, se rallier, dans l'application et non pas seulement dans les principes, à la position des tribunaux judiciaires.

— La loi du 28 novembre 1955 a, d'autre part, limité le domaine d'action du référé. Sur les instances du corps préfectoral, afin de ne pas entraver l'action de l'administration, les auteurs de la loi ont prévu que le pouvoir du président ne pouvait s'exercer « pour les litiges intéressant l'ordre et la sécurité publique ». Mais cette restriction a été insérée dans la loi par suite d'une confusion entre le sursis et le référé. Le référé administratif tend à faciliter l'instruction et à parer aux dommages causés par l'urgence. Le juge, en l'ordonnant, estime que la mesure décidée est conforme à une solution équitable du litige. S'il estime que d'autres intérêts plus pressants s'y opposent, il ne l'ordonnera pas. La seule espèce qui ait prétendu faire application (50) de la limitation de la loi du 28 novembre 1955 prouve, par l'absurde, que cette restriction n'a aucune chance d'être retenue dans notre matière. Il s'agissait d'une demande en nomination d'un expert à l'effet de dire si l'état d'un immeuble présentait un péril grave et imminent pour la sécurité de ses habitants. Le Président du tribunal administratif de Paris a estimé que le juge des référés ne pouvait intervenir dans ce domaine, s'agissant d'une procédure de péril d'immeuble, entreprise par le maire en vertu de pouvoirs de sécurité publique. Il n'était pas besoin, à notre avis, d'invoquer une telle argumentation. Il suffisait de remarquer que le dommage causé par l'ordonnance de référé pouvait être plus important que celui produit par le retard dans la décision. La restriction prévue par la loi a donc peu de chances de s'appliquer (51).

— Le référé civil peut permettre à une partie d'obtenir du juge qu'il fasse cesser jusqu'au jugement sur le fond une violation unilatérale de ses droits par un particulier. Le référé, instauré dans la procédure administrative contentieuse, n'est pas susceptible d'un tel développement. Le but que permet de poursuivre le référé civil introduirait, s'il était transposé en droit administratif, la possibilité de sur-

(50) Tr. adm. Paris, 25 novembre 1957, Cossart cité par HOUALET, *Le référé administratif*, Thèse, Rennes, 61958, p. 110.

(51) C'est l'avis de la doctrine unanime, v. MÉJAN, *Revue administrative*, 1955, p. 157 ; GABOLDE, « Petit manuel des procédures d'urgence suivies devant les tribunaux administratifs », Dalloz 1956, p. 54 ; HOUALET, Thèse précitée, p. 110. V. comme interprétation jurisprudentielle particulièrement restrictive, Tr. adm. Alger, 26 mars 1957, Bourma, Rec. 739.

seoir en référé à l'exécution d'une décision administrative (52). Or, ceci ne peut être admis. La suspension de l'activité de l'administration ne peut être obtenue que par une procédure particulière.

## Sous-Section II

### Le problème de la suspension de l'activité de l'une des parties est particulier au droit administratif.

340. — L'existence de l'instance ne permet pas, en elle-même, dans la procédure civile, d'exercer un effet suspensif sur une mesure unilatérale prise par une des parties, avant l'introduction de l'instance. La partie adverse peut cependant demander au juge, s'il y a urgence, qu'il prenne les dispositions nécessaires pour faire cesser cette action unilatérale jusqu'à la fin des débats. Ainsi, le président du tribunal statuant en référé peut contraindre une tierce personne à remettre un enfant à ses parents (53). Il peut, de même, faire réintégrer au domicile paternel, même avec le concours de la force publique, l'enfant indiscipliné qui en est parti (54).

Rappelons-le, la mesure prise par le juge ne préjuge pas la solution définitive du litige — du moins en principe. Rien dans son appréciation ne doit toucher le fond du litige.

En matière administrative, une ordonnance de référé ne pourrait refuser l'application à un acte administratif quel qu'il soit. M. le Professeur R. Drago a dégagé (55) avec clarté deux « motifs juridiques puissants » qui s'opposeraient à l'exercice d'une procédure de référé en la matière.

Tout d'abord, l'ordonnance de référé ne pourrait refuser à un acte administratif de recevoir application que pour une seule raison : l'illégalité, mais ce serait alors préjuger le fond. Cet argument n'est pas péremptoire. Le juge pourrait accorder la mesure de suspension de l'activité de l'administration sans se livrer à cette appréciation au fond. Ce qui investit le juge des référés de sa compétence, c'est l'urgence et non pas une quelconque appréciation de la solution définitive du procès et de l'argumentation juridique.

M. Drago insiste, d'autre part, sur le fait que la compétence du juge des référés ferait ici double emploi avec celle du Conseil d'Etat qui peut décider le sursis à l'exécution d'un acte administratif.

L'argument le plus fort contre la compétence du juge des référés

(52) V. F. Méjan, Rev. adm. 1954, p. 257.
(53) Pau, 1er février 1906. D.P. 1906.II.367.
(54) Paris, 3 janvier 1917, D.P. 1917.II.37.
(55) R. Drago, R.D.P. 1953, p. 156.

nous semble être un argument légal. La loi prévoit que le recours devant le tribunal administratif n'a pas d'effet suspensif. Cette disposition a valeur de principe. Les textes organisent, d'autre part, une exception à cette règle : le sursis à exécution. Une autre exception ne peut lui être apportée par la jurisprudence, par le biais de la procédure de référé.

Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration, qui existe malgré les assouplissements jurisprudentiels en faveur des personnes privées, ne trouve donc d'obstacle (56) que dans l'octroi par le juge du sursis à exécution. L'action administrative a pour fin l'intérêt général. On peut seulement admettre, dans des cas exceptionnels, que l'intérêt particulier la tienne en échec par un recours qui peut n'être que dilatoire (57).

Le sursis à l'exécution d'une décision administrative est accordé de manière très restrictive par les juridictions administratives. Les motifs pouvant le justifier sont une aggravation marquée des conditions d'admission du référé. La procédure du sursis reste une procédure rapide. Nous examinerons brièvement (58) les conditions d'octroi du sursis et sa procédure afin de déterminer avec précision s'il peut remplir le rôle de suspension de l'activité de l'une des parties, en l'espèce, de l'action de l'administration, que le référé civil assure avec succès.

### § I. — Les conditions de l'octroi de sursis.

341. — Le Conseil d'Etat exige, pour ordonner le sursis, la conjonction de deux conditions « qu'il entend strictement et qui sont rarement réunies » (59). Il faut que le recours au fond soit justifié par des moyens sérieux et que l'exécution immédiate de la décision soit de nature à causer un préjudice grave au requérant.

L'examen, par le juge saisi de la demande de sursis, du caractère sérieux ou non des moyens invoqués à l'encontre de la décision administrative montre, une fois de plus, l'impossibilité d'ordonner une

(56) Il trouve un autre obstacle *a posteriori* : l'administration agit à ses risques et périls. Si l'illégalité de la décision administrative est ensuite reconnue, l'administration devra indemniser le particulier du dommage qu'elle a pu lui causer. V. 27 février 1903, Zimmermann, S. 1906.III.17, note Hauriou.

(57) Lavau G., « Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs ». R.D.P. 1950, p. 777.

(58) V. Tourdias M., *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Thèse, Bordeaux, 1956, Paris L.G.D.J. 1957, pour une étude plus détaillée, ainsi que les commentaires remarquables de MM. Long, Weil et Braibant dans « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 2e édition, Sirey, 1958, p. 233 (sur 12 novembre 1938, Chambre syndicale des constructeurs de moteur d'avions), p. 398 (sur 18 juin 1954, Préfet du Var).

(59) Long, Weil et Braibant, p. 234, v. sur l'application d'une prétendue troisième condition, Tr. adm. Versailles, 8 mars 1954, R.P.D.A. 1954, p. 68 ; Rev. adm. 1954, p. 149, note Liet-Veaux.

mesure provisoire, sans examiner au fond le bien-fondé de la requête principale. Il est certes arrivé de manière exceptionnelle que le Conseil d'Etat rejette finalement une requête après avoir ordonné le sursis (60). Il reste néanmoins que cet examen conduit bien souvent le juge du fond à statuer dans le même sens que le juge saisi du sursis. Le juge saisi de la demande de sursis exige d'ailleurs souvent que les moyens ne soient pas seulement sérieux, mais aussi fondés (61). La distinction entre les moyens sérieux susceptibles, au premier examen, de faire naître le doute dans l'esprit du juge et les moyens fondés s'avère, dans bien des espèces, impossible.

Cette condition du caractère sérieux des moyens invoqués se justifie, certes, en théorie. Il ne faut pas accorder le bénéfice du sursis sans la crainte d'un vice particulièrement fort, entachant l'acte administratif en cause. Cette exigence se révèle impossible à appliquer. Elle introduit une rigueur absolument injustifiable dans l'octroi du sursis. Elle oblige le juge à examiner l'argumentation juridique du requérant sans donner de solution définitive à l'instance. Il faudrait lui substituer un examen urgent du fond de l'instance lorsqu'une deuxième condition, celle du préjudice grave, serait remplie. Le sursis serait ainsi supprimé. L'acte administratif ne disparaîtrait que dans le cas d'une annulation.

Le préjudice grave causé au requérant est l'élément d'appréciation le plus exact du sursis. L'atteinte que causerait l'exécution de l'acte administratif, pendant la poursuite de l'instance au fond, doit être telle qu'elle serait impossible à réparer en cas d'annulation. L'atteinte irréparable, susceptible d'être portée à l'intérêt particulier du requérant, justifie l'atteinte provisoire apportée à l'intérêt général, défendu par l'administration. Lorsque le seul intérêt particulier du requérant est en cause, la jurisprudence exige, en effet, un préjudice irréparable. Comme l'a clairement exprimé le commissaire du gouvernement Laurent (62), un dommage doit être considéré comme irréparable, lorsque les conséquences entraînées par l'exécution immédiate de la décision ne peuvent être effacées, réparées ou compensées par un procédé quelconque, fut-il indemnitaire au cas d'annulation par le juge du fond de l'acte administratif en cause. Il suffit donc au juge de se montrer assez sévère dans l'appréciation de cette condition — et il n'y manque pas (63) — pour que l'action administrative ne soit point paralysée par l'octroi de sursis intempestifs. Une autre limite est d'ailleurs apportée aux pouvoirs du juge. Celui-ci ne peut accorder le sursis pour les décisions intéressant le maintien de l'ordre, la sécurité et la tranquillité

(60) 27 novembre 1936, Mouvement social français des Croix de feu, Rec. 1039.

(61) 17 juin 1955, Association des sports Randenay, A.J. 1955.II.289, conclusions Laurent.

(62) Conclusions sur Section, 1er octobre 1954, Ministre des Finances et Affaires économiques c. Crédit coopératif foncier.

(63) V. par exemple, 18 juin 1954, Préfet du Var, Rec. 365, S. 1954.III.93, note Braibant.

publique (64). On a ainsi entendu démontrer qu'en certains domaines, l'activité de l'administration ne peut souffrir l'intrusion du juge, du moins avant l'exécution.

### § II. — La procédure du sursis.

Le caractère annexe de l'instance en sursis est encore plus accentué que celui de l'instance en référé (65). Le sursis à exécution est, en effet, toujours annexé à un recours principal. La procédure suivie est contradictoire. La décision sur la demande de sursis doit être expresse devant les tribunaux administratifs. L'appel est en tout cas possible devant le Conseil d'Etat, que le jugement ordonne ou refuse le sursis (66). En attendant la décision définitive de la Haute Assemblée, le président de la section du contentieux peut, sur requête expresse, suspendre provisoirement la mesure de sursis.

342. — La conception actuelle de la suspension de l'activité de l'administration ne peut être comparée au référé civil. Elle est, au point de vue de la conception générale du contentieux administratif, extrêmement critiquable.

On ne nie pas que l'exécution d'une décision administrative puisse causer un préjudice irréparable à un requérant, préjudice qu'il faut chercher à éviter. D'autre part, un acte administratif ne peut être suspendu sans que des motifs graves existent, permettant de penser qu'il sera annulé par le juge du fond. Il est donc normal d'admettre le sursis *de façon exceptionnelle,* dans les cas où un examen sommaire de l'affaire laisse percer des doutes sérieux quant à la validité de l'acte administratif en cause. Il est *de la nature même* du sursis d'être accordé de façon exceptionnelle. Parce qu'on ne peut admettre la suspension d'un acte administratif dans les cas où il sera ensuite confirmé au fond. Mais, comme le juge ne se livre qu'à un examen sommaire de l'affaire dans cette instance annexe, il faut qu'il existe une illégalité particulièrement saillante pour que le juge en prenne conscience. Si le sursis reste une procédure exceptionnelle, ou mieux, extraordinaire, il ne peut permettre d'éviter tous les préjudices irréparables. Les droits des particuliers sont donc insuffisamment protégés par l'existence du sursis et cette insuffisance de protection découle de la nature même du sursis.

La conception qui préside à la suspension de l'activité de l'administration nous paraît absolument erronée. On a prétendu trouver un

(64) 26 novembre 1954, Ministre de l'Intérieur c. van Peborgh, Rec. 627 (arrêté d'expulsion) ; 23 décembre 1954, Ministre de l'Intérieur c. Wygoda, Rec. 697; 19 février 1960, Berthaut, Rec. 128.

(65) Tourdias M., Thèse précitée, p. 33.

(66) 7 mai 1954, demoiselle Berkovics, Rec. 261, R.P.A. 1954, p. 125, conclusions Fougère.

remède au pouvoir de l'administration de prendre des décisions exécutoires — pouvoir qui lui appartient dans l'intérêt général — dans la suspension des actes accomplis dans l'exercice de ce pouvoir. A partir du moment où l'on atteignait une prérogative accordée à l'administration dans l'intérêt général, il était normal que l'on soit très restrictif. Le juge a préféré naturellement respecter l'intérêt général plutôt que l'intérêt particulier, si respectable fût-il. En matière d'intérêt général, la solution provisoire ne se conçoit pas. Le sursis, qui procède d'une telle conception, devrait donc être supprimé.

La meilleure protection de l'intérêt des particuliers résiderait, certes, dans l'examen immédiat des recours et dans une solution moins lointaine dans le temps.

Même si cet idéal ne peut se réaliser, une mesure urgente pourrait être instaurée. Ce serait, pour ainsi dire, *un référé de fond*. Au cas où l'exécution d'une décision administrative s'avèrerait de nature à causer un préjudice irréparable au requérant, celui-ci pourrait saisir le juge d'un tel référé. Le juge, une fois vérifiée l'existence de la condition de préjudice irréparable, examinerait immédiatement au fond la question de la validité de l'acte administratif en cause. Le jugement, comme un jugement ordinaire, confirmerait ou annulerait l'acte administratif. Ainsi, le privilège de l'administration ne serait pas atteint, les intérêts particulièrement puissants du requérant seraient protégés.

Dans un domaine où la transposition du référé civil s'avère impossible, le référé au fond concilierait les exigences de l'action administrative et celles de la protection des particuliers du risque provoqué par la lenteur de la justice. Au problème particulier au droit de la suspension des actes de l'administration doit correspondre une solution originale de la procédure administrative contentieuse.

## Section II

### L'effet suspensif et l'existence des instances dérivées.

343. — Les conditions juridiques de la comparaison sont ici les mêmes dans les deux procédures. L'instance principale s'est terminée par un jugement. Il s'agit de savoir si la formation d'une voie de recours peut atteindre, jusqu'au jugement de l'instance dérivée, les effets de l'acte juridictionnel de premier ressort. Mais si les éléments de comparaison sont les mêmes, l'intérêt général qui s'attache aux litiges administratifs, appelle des solutions particulières.

### § I. — L'effet suspensif en procédure civile.

344. — 1°) L'usage des voies de recours, opposition et appel, arrête l'exécution du jugement, que celle-ci ait été ou non déjà commencée. La simple introduction d'instances dérivées en appel ou en opposition suspend les effets de l'acte juridictionnel de premier ressort. L'intérêt de ces voies de recours ordinaires serait diminué si le requérant, dans l'instance dérivée, restait exposé à subir les effets du jugement de première instance ; or, ce jugement est susceptible de disparaître par réformation ou rétractation (67). Par contre, les voies de recours extraordinaires, telles que le recours en cassation, n'ont pas d'effet suspensif.

L'effet suspensif des voies de recours ordinaires ne se produit que lorsqu'elles sont *effectivement* exercées. Les délais d'appel ou d'opposition ne sont pas, par eux-mêmes, suspensifs de l'exécution. Cependant, lorsqu'il s'agit d'exécuter contre un tiers le jugement susceptible d'appel ou d'opposition (68), c'est le délai lui-même qui va suspendre l'exécution : tant que la possibilité de la formation d'une instance dérivée ordinaire reste ouverte aux parties, il n'y a pas de raisons d'exécuter le jugement de premier ressort contre un tiers.

L'existence effective d'une instance dérivée ordinaire anéantit provisoirement la possibilité d'exécution. Tout acte d'exécution sera nul, même si la voie de recours n'aboutit pas ensuite à la réformation ou à la rétractation du jugement de première instance (69). D'autre part, la partie condamnée en première instance, qui a formé opposition ou appel et qui bénéficie donc de l'effet suspensif, est présumée avoir acquiescé au jugement de premier ressort, si elle l'exécute. Ainsi, lorsqu'elle paye le montant ou une partie des condamnations prononcées, elle est censée en avoir reconnu le bien-fondé (70).

345. — 2°) Le principe de l'effet suspensif ne peut s'appliquer dans toute sa rigueur et son automaticité. Permettre à une partie condamnée à la suite l'instance principale de ne pas exécuter le jugement pendant toute la durée de l'instance en appel ou en opposition, peut se révéler dangereux à l'usage. Ce temps de répit donne à la partie condamnée la possibilité d'organiser son insolvabilité. Il peut également préjudi-

(67) Morel, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition. Sirey 1949, p. 477.

(68) Ou encore, dans les cas prévus par des textes spéciaux, v. par ex. C. civ., articles 252, 505.

(69) Civ., 27 avril 1915, D.P. 1920.I.114.

(70) Req., 22 novembre 1881, D.P. 1882.I.339 ; Nancy, 22 avril 1952, Gaz. Pal. 1952.I.400.

cier, à raison de l'urgence, aux intérêts de la partie gagnante. Aussi est née l'idée d'instaurer, dans certains cas, une possibilité d'*exécution provisoire* des jugements. L'exécution provisoire est un bénéfice permettant au gagnant d'exécuter un jugement, dès sa signification, malgré l'effet suspensif des voies de recours ordinaires (71). Le préjudice qu'elle est susceptible de causer à la partie perdante ne doit pas dépasser celui que l'effet suspensif occasionnerait à la partie gagnante. Le législateur a, par suite, aménagé la protection des intérêts de la partie perdante en première instance (72).

Mis à part certains cas où l'exécution provisoire est de plein droit, ainsi, en matière de référé, elle doit, en principe, être demandée au juge avant que le jugement soit rendu. Le tribunal l'accordera, s'il y a urgence ou péril, en la demeure. Il subordonne, le plus souvent, l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie par la partie gagnante. Ceci afin de ne pas compromettre les intérêts de la partie perdante, si la voie de recours lui donne raison.

En général, l'exécution provisoire est autorisée lorsque la partie condamnée en première instance risque de se rendre insolvable pour échapper à l'effet des condamnations prononcées contre elle. Il en résulte que cette partie peut éviter l'exécution provisoire si le juge des référés lui permet de consigner des espèces ou valeurs suffisantes pour garantir, le cas échéant, le montant de la condamnation.

En dépit de l'automaticité de l'effet suspensif, les solutions retenues en procédure civile sont donc des plus nuancées. L'exécution provisoire introduit une brèche d'importance dans le principe de l'effet suspensif. Elle est, elle-même, assortie de tant d'exceptions, qu'elle oblige à rechercher ce qui forme le principe de solution provisoire de l'instance dérivée.

En première instance, la difficulté de trouver une solution provisoire provenait de ce que l'affaire n'avait pas été encore jugée. Il était nécessaire de se rapprocher le plus possible de la chose jugée, et donc, d'apprécier le sérieux de l'argumentation de chacune des parties. De plus, la situation n'ayant pas été apurée par un acte juridictionnel, le juge se devait d'organiser, sur la demande des parties, des moyens de défense, efficaces contre l'urgence.

Après le jugement de l'instance principale, ces difficultés disparaissent en majeure partie. L'appréciation du bien-fondé des moyens invoqués de part et d'autre a été faite par le juge de premier ressort. Qu'elle

(71) Glasson, Tissier et Morel, « Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence, et de procédure civile », 3e édition, Sirey, 1929, t. III, p. 347.

(72) Hébraud, « Commentaire de la loi du 23 mai 1942 sur l'exécution provisoire des jugements », D.C. 1942.61 ; Solus, « La réforme de l'exécution provisoire », *Lois nouvelles* 1942.I.153 ; Fauvel, *La réforme de l'exécution provisoire des jugements nonobstant opposition ou appel*, Thèse, Paris, 1932.

puisse être remise en cause par la chose jugée en appel, ou sur opposition, n'est pas contestable. On ne conçoit pas, au contraire, une nouvelle appréciation au fond par un juge du provisoire. D'autre part, l'acte juridictionnel ayant clôt l'instance principale a organisé la situation des parties. L'intervention du juge d'urgence doit donc être plus exceptionnelle.

Compte tenu de l'existence des voies de recours ordinaires, l'effet suspensif ou l'exécution provisoire ne sont que des moyens de veiller à l'exécution du jugement qui règlera la situation des parties. Selon les exigences du cas concret posé au juge, elles permettent de protéger chacune des parties contre la négligence ou la mauvaise foi de l'autre.

## § II. — L'effet suspensif en procédure administrative contentieuse.

346). — 1°) Le principe posé est le même que celui retenu en matière de recours contre une décision administrative. La formation des voies de recours ordinaires, tout comme celle des voies de recours extraordinaires, n'a pas d'effet suspensif. L'exécution des jugements des tribunaux administratifs est possible, dès leur notification. Il résulte de ce principe deux conséquences, à l'antipode des solutions reçues en procédure civile.

En procédure civile, l'existence effective d'une instance dérivée ordinaire interdit provisoirement toute possibilité d'exécution du jugement de premier ressort. Ici, au contraire, l'appelant ou l'opposant doit se soumettre au jugement de premier ressort. Tous les actes effectués en contradiction avec ce jugement sont nuls (73).

En procédure civile, l'auteur d'une voie de recours ordinaire pouvant ne pas se soumettre, jusqu'au jugement de l'instance dérivée, à la chose jugée en premier ressort, tout acte d'exécution sera considéré comme un acquiescement à cette chose jugée. Par contre, l'obligation d'exécution, en procédure administrative contentieuse, permet de ne pas considérer l'exécution comme un acquiescement (74).

On n'a, jusqu'ici, donné aucune justification du caractère non suspensif des voies de recours ordinaires en matière administrative. Les auteurs se bornent à constater que c'est une simple application du caractère non suspensif du recours au Conseil dEtat (75). Il y a tout

(73) 10 décembre 1926, dame X., S. 1927.III.30.

(74) 16 avril 1937, compagnie des chemins de fer de Provence, Rec. 401 ; 19 mai 1939, Philippe, Rec. 331.

(75) Article 48, ordonnance 31 juillet 1945, v. Tourdias, Thèse citée, p. 171.

simplement là une survivance de la confusion des recours contre une décision administrative et des pourvois contre un acte juridictionnel. Le problème est, bien souvent, le même que celui qui se pose en procédure civile : assurer, en tout état de cause, l'exécution de la décision finale. Que l'on ait retenu, en principe, une solution inverse de celle adoptée en procédure civile, s'explique par des considérations d'intérêt public.

En procédure civile, l'effet suspensif est la règle : l'exécution immédiate peut être ordonnée par le juge. L'effet non suspensif est la règle en procédure administrative contentieuse parce qu'ainsi, sans le contrôle du juge, aucune suspension n'est ordonnée : il n'est jamais certain, dans cette matière, qu'une mesure ordonnée d'office n'aille pas à l'encontre de l'intérêt public.

Il suffira, pour le démontrer, de tirer un exemple de la pratique de l'effet suspensif dans la procédure administrative contentieuse. Le principe de l'effet non suspensif comportait une importante dérogation en matière électorale. Lorsqu'un jugement ayant annulé des opérations électorales pour le renouvellement du Conseil municipal ou du Conseil général était frappé d'appel, les candidats proclamés élus restaient néanmoins en fonction. La loi avait, dans ce domaine, prévu expressément le principe de l'effet suspensif (76). Mais cet effet avait entraîné plusieurs abus que M. le conseiller d'Etat Lefas a relevés dans sa note sur les réformes suggérées par la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux (77). Ainsi, un sieur Burret, que ses fonctions appelaient à participer à l'assiette des contributions dans le département des Hautes-Pyrénées, et donc inéligible dans ce département, y présenta néanmoins sa candidature. Saisi d'une protestation du préfet de ce département, le tribunal administratif de Pau, par jugement du 6 juillet 1955, annula l'élection du sieur Burret comme conseiller général, représentant le canton de Vic-de-Bigorre. Mais le sieur Burret fit appel et continua de siéger jusqu'au 3 mai 1957, date à laquelle le Conseil d'Etat rejeta son appel. A l'élection partielle organisée le 27 octobre 1957, il présenta encore sa candidature et fut proclamé élu. A la suite de la protestation de deux électeurs, le tribunal administratif, par jugement du 20 décembre 1957, annula à nouveau les opérations électorales. Mais le sieur Burret fit appel de ce jugement, ce qui lui permit de demeurer en fonctions comme conseiller général jusqu'au 15 juillet 1958, date à laquelle le Conseil d'Etat rendit une décision

(76) Pour les élections au Conseil municipal, v. loi 5 avril 1884, articles 40 et 79 ; pour les élections au Conseil général, v. décret du 8 septembre 1934, article 5.

(77) Lefas A., E.D.C.E. 1958, p. 83, notamment p. 103, 7° Effet suspensif de l'appel en matière de contentieux des élections au Conseil général et au Conseil municipal. M. P. de Font-Réaulx remarquait déjà (« Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs », Sirey, 1930, p. 314) que ces dispositions « ... peut-être trop bienveillantes... donnent lieu à des abus manifestes de la part des candidats élus par fraude qui continuent à siéger pendant toute la durée de l'instance devant le Conseil d'Etat... ».

rejetant cet appel. Comme le remarque justement M. le Conseiller d'Etat Lefas (78) : « ... Grâce au caractère suspensif de l'appel en matière électorale, le candidat susnommé, dont l'inégibilité était patente, a réussi à se maintenir en fonctions pendant environ deux ans ». Pour lutter contre ces abus (79), une nouvelle réglementation a été édictée. L'ordonnance du 23 décembre 1958 (80), prévoit que « ...l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsque l'élection du même conseiller a déjà été annulée, sur un précédent pourvoi dirigé contre des opérations électorales antérieures, pour la même cause d'inéligibilité, par une décision du tribunal administratif devenue définitive ou confirmée en appel par le Conseil d'Etat. Dans le cas de cette espèce, le tribunal administratif est tenu de spécifier que le jugement n'a pas d'effet suspensif (81) ». Il a donc fallu prévoir une protection particulière de l'intérêt public menacé par l'effet suspensif.

On comprend alors qu'en matière administrative, le principe de l'effet non suspensif des recours juridictionnels ait été posé. La suspension des effets de l'acte juridictionnel de premier ressort ne peut être octroyée par le juge ou, plus exactement, sous son contrôle, que de manière assez exceptionnelle.

347. — 2°) Le juge peut accorder le sursis à exécution du jugement frappé des voies de recours ordinaires. Rien ne distingue, dans les textes, sursis à exécution d'un acte administratif et sursis à exécution d'un acte juridictionnel. La jurisprudence exige elle-même, pour admettre le sursis, des moyens sérieux et un préjudice irréparable. Le Conseil d'Etat en vient ainsi « par ce procédé, à donner, dans une telle hypothèse, à l'appel le caractère suspensif qu'il a devant les tribunaux judiciaires... » (82).

*a*) La compétence pour ordonner la mesure de sursis revient au tribunal administratif dont le jugement a été frappé d'appel. Le tribunal peut subordonner l'octroi de la mesure de suspension à la charge de donner caution ou de justifier d'une solvabilité suffisante (83). La loi administrative renvoie aux articles (84) du Code de procédure civile pour les conditions concernant la présentation de la caution devant les tribunaux administratifs. Toutefois, on ne peut jamais demander à l'administration de verser une caution car elle est toujours réputée solvable. Cette règle est de nature à entraîner un déséquilibre entre les for-

(78) Article précité, p. 104.

(79) V. également Tr. adm. Caen, 11 janvier 1958, D. 1958, note C.G.

(80) Ordonnance n° 58-1327 du 23 décembre 1958 (J.O. du 26 décembre 1958, 11840).

(81) V. sur ce point l'article de F. Méjan, au sujet de la procédure contentieuse électorale et de ses récentes modifications, *Revue administrative*, 1959, p. 30.

(82) Conclusions Nicolay sur Section, 15 juillet 1959, Association syndicale de reconstruction d'Orléans, citées par MM. Combarnous et Galabert, A.J. 1959.I.159.

(83) Article 24 de la loi du 24 mai 1872.

(84) Articles 440 et 441 du Code de procédure civile.

malités exigées du particulier et celles demandées à l'administration. Comme l'effet suspensif on non suspensif n'a qu'un but, aménager la solvabilité de chacune des parties afin d'assurer l'exécution de la décision finale (ou, dans le contentieux de l'annulation, ne rien faire qui puisse compromettre son exécution), ce déséquilibre va réagir sur les conditions de fond d'octroi du sursis.

Le Conseil d'Etat dispose également de la possibilité d'accorder les sursis à exécution d'un jugement frappé d'appel devant lui. C'est lui qui accorde le plus fréquemment le sursis d'un jugement. Le sursis accordé pour les jugements par les tribunaux administratifs est pratiquement tombé en désuétude.

b) Le sursis des jugements est plus fréquemment accordé aux personnes publiques qu'aux simples particuliers.

— D'une part, l'intérêt public peut justifier qu'une décision administrative annulée en premier ressort soit maintenue jusqu'au jugement de l'appel. Ainsi, après annulation par le tribunal administratif d'un arrêté du préfet rejetant une demande en vue de l'installation d'une fabrique et d'un dépôt d'acétylène dissous, le Conseil d'Etat reçoit (85) la demande de sursis pendant l'instance d'appel du jugement de premier ressort aux motifs « qu'il résulte de l'instruction que l'exécution immédiate de ce jugement exposerait la population avoisinant l'établissement projeté à des risques graves ; que, d'autre part, en l'état de la procédure, les moyens invoqués à l'appui du recours du Secrétaire d'Etat dirigé contre le jugement sus-mentionné du tribunal administratif de Bordeaux sont de nature à justifier une demande de sursis ». Les deux conditions classiques du sursis, celle relative aux moyens et celle concernant le préjudice, se retrouvent. *La condition relative aux moyens nous paraît cependant déplacée dans le domaine du sursis contre un acte juridictionnel.* Les moyens ont déjà été examinés par le juge de première instance. On ne peut valablement exiger du requérant des moyens sérieux. En réalité, ce que l'on exige de lui, ce sont des moyens *fondés*. Lorsque la juridiction d'appel, statuant sur une mesure de sursis, déclare que les moyens soulevés à l'encontre du jugement de première intance sont sérieux ou de nature à justifier une demande de sursis, il n'y a pratiquement aucune chance pour qu'elle revienne sur cette appréciation lors du jugement de l'appel. On exige donc pratiquement du requérant des moyens fondés. Ce qui est exagéré.

— Le Conseil a, d'autre part, supprimé, au bénéfice de l'administration, la condition relative aux moyens sérieux dans une hypothèse favorable à un tel assouplissement des conditions du sursis. La Haute Assemblée admet, dans ce cas, qu'il peut être sursis à l'exécution d'un jugement de tribunal administratif créant des obligations pécuniaires à la charge d'une personne publique. Mais il doit résulter de l'ins-

(85) Section, 22 juin 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. sieur Abadie, Rec. 262, A.J. 1956.II.298.

truction que l'exécution immédiate de ce jugement exposerait la collectivité publique requérante à la perte définitive d'une somme qui ne resterait pas à sa charge si les conclusions de son appel devaient être reconnues fondées. Le sursis devient ici « une sauvegarde des deniers publics ». (86). Il est destiné à parer aux dangers de l'insolvabilité de la personne privée. Celle-ci empêcherait la récupération par l'administration de la somme qu'elle a versée à cette personne en cas d'infirmation du jugement en appel. Le sursis sert donc bien à éviter l'accomplissement d'un préjudice irréparable. Préjudice qui ne peut exister, du moins en principe, lorsque la personne privée est perdante en première instance. L'administration étant toujours réputée solvable, cette partie perdante ne court pas le risque de ne pas récupérer la somme versée au cas de réformation du jugement en appel.

Le préjudice irréparable existe donc bien dans ce cas, mais seulement pour l'administration. Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il dispensé la personne publique de la charge d'invoquer des moyens sérieux à l'encontre du jugement de premier ressort. Cette condition n'a été supprimée que progressivement.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat conférait à l'administration la dispense de la condition de moyens sérieux, seulement dans les espèces où le sursis n'était accordé que de manière partielle ; ainsi la Haute Assemblée ne retenait le sursis à l'exécution que pour la partie de l'indemnité excédant un certain chiffre (87). Lorsqu'il accordait, au contraire, un sursis total, le Conseil d'Etat ne manquait pas de faire mention de la condition de moyens sérieux (88).

Deux récentes décisions (89), accordant un sursis total à l'administration, ne font plus mention de l'exigence des moyens sérieux. Il résulte des conclusions du commissaire du gouvernement Nicolay (90), que le Conseil d'Etat se réserve cependant d'agir autrement, si l'appel a un caractère nettement dilatoire ou abusif. Cette dispense de la condition des moyens sérieux n'en garde pas moins son importance.

L'assouplissement des conditions du sursis à exécution des jugements en faveur de l'administration vise surtout à donner aux personnes publiques un moyen juridique de ne pas exécuter une décision frappée d'appel. A la suite de la réforme du 30 septembre 1953, généra-

(86) Tourdias M., Thèse citée, p. 176.

(87) 1er avril 1938, Ville de Bône, Rec. 337 ; 29 août 1941, Société du gaz et de l'électricité de Marseille, Rec. 308 ; 18 mai 1945, Compagnie générale française des tramways, D. 1946.J.40, note F.B. ; 26 juillet 1946. Ville de Paris, Rec. 223.

(88) 19 novembre 1948, Chambre des Métiers de la Vienne, Rec. 436. V. Tourdias M., Thèse citée, p. 176.

(89) Section, 12 juin 1959, Ministre des Finances et des Affaires économiques c. Société « Affinerie Havraise » ; Section, 15 juillet 1959, Association syndicale de reconstruction d'Orléans, A.J. 1959.II.266. Ces deux décisions ont été commentées par MM. Combarnous et Galabert, A.J. 1959.I.159. V. un exemple récent de sursis partiel, Section, 4 mars 1960, Conseil national de l'Ordre des médecins, Rec. 177.

(90) ... citées par MM. Combarnous et Galabert, article précité, p. 159, 2e colonne.

sant le double degré de juridiction, les administrations appliquent les jugements dont elles n'interjettent pas appel. Mais quand elles font appel, *bien que cette voie de recours n'ait pas d'effet suspensif*, elles s'abstiennent d'exécuter le jugement jusqu'à l'arrêt du Conseil d'Etat (91). Comme le remarquent MM. Fournier et Combarnous, « peut-être est-il de meilleur politique, à long terme, que le juge administratif... ne décourage pas, par une rigueur excessive, les personnes publiques qui, désireuses de ne pas exécuter un jugement, ont la correction de venir solliciter à cette fin l'octroi du sursis » (92).

La réglementation actuelle du sursis à exécution des jugements n'est donc pas la même pour les personnes privées et pour l'administration. On peut toutefois se demander s'il ne conviendrait pas de dispenser également les particuliers de la condition de moyens sérieux. Cette exigence est pratiquement inapplicable, sans examiner le caractère fondé des moyens invoqués à l'encontre de l'acte juridictionnel. Si l'on demande aux particuliers de la satisfaire, le juge du sursis sera obligé d'examiner au fond l'affaire. Ce qui ne devrait être fait que par le juge d'appel. La limitation des conditions du sursis au seul préjudice irréparable n'entraverait pas abusivement l'action de l'administration. Nous avons, en effet, montré que, dans la plupart des cas, l'octroi du sursis à exécution d'un acte juridictionnel était motivé par le risque d'insolvabilité. Or, ce motif ne peut jamais être invoqué par un particulier, l'administration étant réputée solvable. On supprimerait ainsi une exigence non seulement incompatible avec la nature du sursis, mais encore, maintenue au seul détriment des particuliers et qui, de ce fait, peut être taxée de privilège abusif pour l'administration.

*
**

348. — L'étude comparée des mesures d'urgence dans les deux procédures a permis de percevoir le degré de particularité de la procédure administrative contentieuse. La présence de l'administration dans le procès donne un tour particulier à toutes les mesures d'urgence. Dans l'instance principale, un problème se pose en procédure administrative contentieuse : celui de la suspension d'un acte pris dans l'intérêt général. Ce problème appelle des solutions originales et restreint l'usage des solutions provisoires. Dans l'instance dérivée, et bien que les données de la comparaison soient les mêmes dans les deux disciplines, la notion d'intérêt général interdit le principe de l'effet suspensif en procédure administrative contentieuse. Certes, il semble que les deux procédures se rejoignent en ce domaine : le principe de l'effet suspensif en procédure civile n'est-il pas nuancé par la possibilité de l'exécution provisoire, le principe de l'effet non suspensif en procé-

(91) ODENT, *Contentieux administratif*, 1957-1958, t. II, p. 594.
(92) Article précité, p. 160, 1re colonne.

dure administrative contentieuse n'est-il pas atténué par l'existence du sursis? Mais nous avons vu que ce rapprochement est purement formel. Le juge administratif s'en tient à un usage extrêmement restrictif du sursis. Il accorde à l'administration des faveurs qu'il refuse aux personnes privées. Tout ceci maintient un « climat » particulier à la procédure administrative contentieuse.

349. — *Conclusion du titre I.* Les obligations juridiques qui pèsent sur les parties du fait de l'instance ont un caractère particulier dans la procédure administrative contentieuse. Comme on l'a montré, tous les obstacles posés au déroulement de l'instance sont inspirés par la nature des personnes en cause devant le juge administratif. Mais, l'originalité de la procédure administrative contentieuse est également provoquée par le souci du juge administratif d'alléger les formes et d'adopter une procédure plus rationnelle et plus rapide. L'imitation de la procédure administrative contentieuse par la procédure civile est particulièrement frappante .Nous avons constaté qu'elle s'effectuait, même dans des domaines, comme celui de l'intérêt et de la qualité où les solutions adoptées dans le contentieux administratif ont été inspirées par des considérations propres à cette dernière matière. Ce sont encore ces considérations qui vont guider la procédure administrative contentieuse dans le choix des règles régissant l'activité du juge.

# TITRE II

## *LE CADRE JURIDICTIONNEL DE L'INSTANCE S'IMPOSE AUX PARTIES*

350. — L'obligation qui pèse sur les parties de situer leur demande dans le cadre juridictionnel est dictée par la considération immédiate de l'intérêt public et le souci médiat de leur propre intérêt. L'histoire prouve que seul le débat devant le juge, agent public, permet d'assurer que l'instance apportera à son terme une solution effective au litige entre les plaideurs. La saisine du juge assure qu'un certain nombre de garanties d'intérêt public et d'intérêt privé seront satisfaites. Il faut donc l'imposer aux plaideurs. Ceux-ci sont tenus de se soumettre aux règles déterminant le pouvoir *de statuer* du juge (Chapitre I). Ils doivent également respecter les pouvoirs dont est investi le juge *pour statuer* (Chapitre II).

Malgré de nombreuses règles semblables, les deux procédures sont, en ce domaine, d'inspiration très différente. Les obligations qui pèsent sur les parties à l'instance administrative sont très nombreuses. Il n'en résulte pas pour autant, comme nous le verrons, qu'elles soient défavorisées par rapport aux parties à l'instance civile. La procédure administrative contentieuse tient compte de l'inégalité des personnes en cause. Elle cherche à y porter remède.

## CHAPITRE PREMIER

### *Les parties sont soumises aux règles déterminant le pouvoir de statuer du juge.*

351. — La loi détermine les règles en vertu desquelles le juge se voit conférer le pouvoir de statuer. Le pouvoir de statuer rend le juge compétent pour connaître de catégories d'instances juridictionnelles. L'attribution exclusive de ce pouvoir de statuer à un *juge* ne s'est pas faite sans hésitations en matière administrative. Avant 1889, on reconnaissait au ministre, autorité administrative, le pouvoir de juridiction de droit commun dans le contentieux administratif (1). Des coups décisifs ont été portés à cette doctrine par Laferrière. L'illustre auteur a mon-

(1) V. sur ce point les différentes opinions doctrinales, CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, t. I (1841), p. 359, « Les tribunaux ordinaires sont les ministres, chacun dans son ministère. Ils sont investis de la plénitude de leur ancienne juridiction... » ; MACAREL, *Cours de droit administratif*, 1844 t. II, p. 833 : « Les ministres sont à la fois administrateurs et juges. » DARESTE, *La justice administrative en France ou Traité du Contentieux de l'administration*, 1862 : « Le contentieux administratif en première instance se partage à peu près entièrement entre les ministres et les conseils de préfecture. Ces derniers sont encore composés aujourd'hui comme ils l'étaient en l'an VIII. Ils sont restés juges d'attribution. Dans le silence de la loi, la compétence appartient de droit aux ministres. » SERRIGNY, *Traité de l'organisation et de la compétence en matière administrative*, 1re édition, t. II (1842), p. 298 2e édition, t. III (1862), p. 170, « Les ministres ont dans l'ordre administratif, la juridiction contentieuse ordinaire pour les matières intéressant l'administration centrale de l'empire : il suffit qu'une affaire de ce genre n'ait pas été attribuée aux conseils de préfecture ou à d'autres administrations pour qu'elle appartienne aux ministres. »

tré (2) que tout devait la condamner. Le ministre peut se saisir d'office; le juge n'a pas ce pouvoir. Le juge ne peut être lui-même partie ; or, le ministre est partie dans tous les litiges intéressant l'Etat. Le juge ne peut pas revenir sur ses décisions ; le ministre peut rapporter ou modifier les siennes. C'est pour toutes ces raisons que le Conseil d'Etat a abandonné définitivement cette théorie en 1889 (3).

Désormais, aussi bien en procédure civile qu'en procédure administrative contentieuse, le pouvoir de statuer (4) sur des instances, appartient au juge public. Ce pouvoir n'appartient qu'exceptionnellement à un juge privé.

## Section I

### Le pouvoir de statuer appartient en principe à un juge public.

352. — Le justice instituée par l'Etat est la seule qui permette aux parties de bénéficier de l'ensemble des garanties que nous avons étudiées. Elle s'impose donc, en principe, aux parties. La loi prévoit également d'autres règles répartissant le pouvoir de statuer entre les différents juges publics. A cet égard, on peut distinguer entre le mode de choix normal du juge et les dérogations qui lui sont apportées.

## Sous-section I

### Le mode de choix normal du juge.

353. — Les problèmes que soulève la détermination du pouvoir de statuer du juge ne tiennent pas seulement au fait qu'il existe deux Ordres de juridiction (5). A l'intérieur même de chaque Ordre. il faut déterminer le tribunal compétent parmi tous les autres tribunaux. En présence d'un litige déterminé la répartition entre les différents tribunaux pose des problèmes délicats. Notre droit les tranche en con-

(2) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édition, 1896, I, p. 450.

(3) 13 décembre 1889, Cadot, Rec. 1148, conclusions Jagerschmidt, S. 1892.III.17, note Hauriou, S. 1891.III.41, conclusions Jagerschmidt.

(4) Nous n'entendons traiter ici que brièvement des règles relatives au pouvoir de statuer. Elles concernent plus l'organisation judiciaire (et naturellement la compétence) que la procédure.

(5) A cet égard l'étude des compétences respectives des deux Ordres ne rentre évidemment pas dans notre sujet.

sidération de deux éléments : le caractère propre du tribunal, l'individualisation du litige. Mais ces deux éléments ne sont pas sans interférences. Les caractères d'individualisation des litiges déteignent bien naturellement sur les pouvoirs de statuer des tribunaux. La réciproque est également vraie.

Les différents tribunaux d'un même Ordre n'appartiennent pas tous à la même catégorie. Il existe dans chaque Ordre plusieurs catégories de tribunaux. Ces différentes catégories de juridictions se distinguent parce qu'elles ne peuvent connaître des mêmes espèces de litiges. Telle catégorie connaîtra des instances en responsabilité. Telle autre, des conflits entre patrons et ouvriers. Face à un litige déterminé, la question se pose de savoir de quelle catégorie de tribunaux il relève. Aux fins de déterminer la juridiction compétente, à raison du litige, une distinction fondamentale devra être examinée : celle des juridictions de droit commun et des juridictions d'attribution.

Cette opération préliminaire (6) ne permet pas toujours de déter-

(6) Une controverse a opposé les professeurs Solus (« Compétence d'attribution et compétence territoriale », J.C.P. 1947.I.663 ; « Considérations sur la compétence des juridictions », D. 1949, chr. 153) et Eisenmann (« Sur la compétence des juridictions », D. 1948, chr. 49). M. Solus a défendu la conception classique que nous soutenons au texte. M. Eisenmann a au contraire prétendu que cette compétence comporte deux éléments : la détermination du nombre des juridictions en fonction du genre des procès, la détermination du nombre des juridictions en fonction des personnes à juger. Il a estimé, en conséquence, qu' « il n'y a donc pas, à proprement parler, deux sortes de compétence car « la compétence » est une donnée unique et totale, mais deux dimensions ou deux composantes de la compétence, l'une d'ordre objectif, impersonnel, l'autre d'ordre subjectif portant sur les personnes... La division des litiges en genre ne jouit comme telle d'aucune priorité par rapport à la division selon les justiciables, même fondée sur des qualités vraiment personnelles : elles correspondent à des problèmes absolument distincts. Et rien n'autorise à associer indissolublement la première de ces idées à celle de détermination d'une catégorie de juridictions, ni la seconde à celle de détermination d'une juridiction particulière ». Cette distinction entre compétences matérielle et personnelle ne nous paraît pas exacte. Elle méconnaît la fonction de toute distinction des règles de compétence : cette distinction doit fournir au plaideur une base logique de détermination de la compétence. Prétendre mêler les règles de compétences territoriale et d'attribution ne facilite pas la tâche du plaideur.

Mais cette classification encourt le reproche plus grave de méconnaître la fonction des règles de compétence elles-mêmes. Ces règles ont un double but : attribuer des litiges à des juridictions habilitées à les connaître à raison de leur nature et de leur situation géographique. La personne du plaideur peut contribuer à la détermination de l'une ou l'autre des règles de compétence. Des règles de compétence d'attribution si cette personne est un élément essentiel pour déterminer la juridiction compétente à raison de la nature (ainsi, pour déterminer la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes, on doit rechercher s'il s'agit de litiges entre patrons et ouvriers). Des règles de compétence *ratione loci* lorsque l'on envisage la situation géographique du plaideur pour déterminer la situation géographique du litige. La compétence « personnelle » pouvant servir à déterminer aussi bien la catégorie de juridictions compétentes que la juridiction compétente au sein d'une même catégorie, n'a pas une homogénéité suffisante pour servir de critère. Elle ne peut prétendre se substituer aux deux règles de compétence classiques.

miner la juridiction compétente. Il existe plusieurs tribunaux de la même catégorie. Entre ces différents tribunaux, la répartition des litiges se fait sur une base territoriale. Pour rapprocher la justice des justiciables, les tribunaux sont répartis sur l'ensemble du territoire. A chaque tribunal on attribue un certain nombre de litiges, en fonction de la localisation géographique de ceux-ci. Le pouvoir de statuer doit donc être territorialement situé.

Nous allons constater dans la détermination de ces deux critères une originalité de la procédure administrative contentieuse. La notion d'acte administratif entraîne un bouleversement dans les règles de compétence. D'autre part, la volonté de régler, de manière générale, par les mêmes principes, la compétence en matière d'excès de pouvoir et en plein contentieux, a conduit à écarter un des critères d'individualisation des litiges. L'excès de pouvoir ne connaît pas les appréciations quantitatives. Il était donc impossible d'y envisager — et cette solution a déteint sur le plein contentieux — une discrimination quelconque des litiges sur cette base. La procédure judiciaire ne s'est naturellement pas heurtée aux mêmes difficultés.

### § I. — La détermination de la catégorie de juridictions compétentes.

354. — 1°) *Les critères déterminant la nature du litige.* — Ils sont, en procédure civile, au nombre de trois. La matière du litige ressortit à l'objet de la demande. La valeur du litige est le chiffre de cette demande. Enfin, la profession des plaideurs ou leur qualité est parfois prise en considération (7).

Le droit administratif connaît deux de ces critères. Celui relatif à la matière du litige. Ainsi, le Conseil d'Etat est-il compétent pour statuer sur les « recours pour excès de pouvoir formés contre les décrets réglementaires ou individuels » (8). Celui concernant la qualité ou la profession des plaideurs. Le Conseil d'Etat se voit, par exemple, reconnaître le pouvoir de statuer sur les litiges relatifs à la situation individuelle des *fonctionnaires* nommés par décret (9). Mais le critère relatif à la *valeur* de la demande n'est pas pris en considération. La présence du contentieux de l'excès de pouvoir explique que ce critère ne puisse être envisagé.

Mais même pour les deux critères qu'on retrouve dans les deux matières, la procédure administrative contentieuse a un aspect original. La considération de *l'acte administratif* est le plus souvent le facteur essentiel. Il s'agit là de l'élément prédominant, créateur de la compé-

(7) Sur tous ces points, v. Cornu et Foyer, *Procédure civile*, Thémis, 1958, p. 131.
(8) Article 2, § I du décret du 30 septembre 1953.
(9) Article 2, § II du décret du 30 septembre 1953.

tence. Nous avons montré dans notre première partie l'influence de l'initiative du requérant dans la liaison de l'instance. Nous avons pu parler, pour cette liaison, d'acte complexe. Le requérant est, en un certains sens, le véritable instigateur de l'instance. Il n'en demeure pas moins que le requérant attaque l'acte de l'administration. C'est par rapport à cet acte, à sa nature juridique et à ses effets, que le pouvoir de statuer du juge s'apprécie.

355. — 2°) *Les critères déterminant la nature de la juridiction.* — Le pouvoir de statuer des juridictions à raison de la nature des litiges pourrait être déterminé sur la seule base de la nature de ces litiges. La loi procéderait alors par énumération, déterminant les différentes catégories d'espèces entrant dans la compétence d'une même catégorie de tribunaux. Cette méthode serait cependant dangereuse. Ayant pour unique fondement une énumération, elle risquerait de ne pas couvrir des ensembles de litiges. Ceux-ci resteraient alors sans juge. On a imaginé alors la distinction des juridictions de droit commun et des juridictions d'attribution.

La juridiction de droit commun a le pouvoir de statuer sur toutes les catégories de litiges, à moins qu'un texte exprès ne lui en ait enlevé la connaissance. La juridiction d'attribution ne connaît que des catégories de litiges qui lui ont été attribuées par la loi. Son pouvoir de statuer n'est que l'exception, alors que celui de la juridiction de droit commun constitue le principe.

L'application de ces données en procédure civile n'offre pas de difficultés. Le tribunal de grande instance est le tribunal de droit commun au premier degré. Il a, en effet, connaissance « de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande ».

356. — La procédure administrative contentieuse n'a pas toujours appliqué le principe de distinction de la même façon. Avant 1953, la juridiction de droit commun était le Conseil d'Etat. La juridiction d'attribution la plus importante restait le conseil de préfecture. Mais celui-ci relevait en appel du Conseil d'Etat. Les litiges relevant de la juridiction de droit commun ne connaissaient donc pas l'appel. Le principe d'attribution de la compétence de droit commun au Conseil d'Etat avait pour conséquence de rendre l'appel possible contre les seuls jugements des juridictions d'attribution. La distinction est appliquée de manière plus rationnelle depuis 1953. La juridiction de droit commun (10) — le tribunal administratif — est en même temps juri-

(10) Décret du 30 septembre 1953, article 2, « Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort et sous réserve d'appel devant le Conseil d'Etat, juges de droit commun du contentieux administratif ».

diction de premier ressort. Mais une compétence d'attribution est aussi réservée au Conseil d'Etat qui est également juge d'appel à l'égard de la juridiction de droit commun. On a voulu, en effet, sauvegarder la compétence de la Haute Assemblée pour les litiges particulièrement importants.

357. — Il en résulte une *différence capitale dans l'interprétation, par les deux jurisprudences, de la distinction des juridictions de droit commun et des juridictions d'attribution.*

En procédure civile, la juridiction la plus importante est la juridiction de droit commun. Sa compétence étant le principe, c'est en sa faveur que seront tranchées les difficultés de compétence. Il en est ainsi lorsque la juridiction d'attribution est seule saisie (11.) Il en va de même, à plus forte raison, lorsque juridiction de droit commun et juridiction d'attribution sont saisies de demandes connexes. Le conflit est toujours tranché en faveur de la juridiction de droit commun. Comme l'affirme la Cour de cassation : « Dans le concours de deux juridictions, l'une ordinaire, l'autre exceptionnelle, lorsqu'il s'agit de chefs distincts mais connexes, la juridiction ordinaire doit, par l'effet d'une prorogation légale, prévaloir sur la juridiction exceptionnelle et rester saisie de l'entier litige » (12).

Le principe d'interprétation en jurisprudence administrative nous paraît directement opposé. Le décret du 28 novembre 1953 précise, certes, dans son article 6 que le tribunal administratif juge de droit commun étant le juge de l'action est juge de l'exception (ce dernier terme devant être entendu très largement). En effet, cet article énonce que « le tribunal administratif territorialement compétent pour connaître d'une demande principale l'est également pour connaître de toute demande accessoire, incidente ou reconventionnelle ressortissant à la compétence des tribunaux administratifs ; il est également compétent pour connaître des exceptions relevant de la compétence d'une juridiction administrative. » Mais le Conseil d'Etat, tout en évitant de faire le jeu de plaideurs ou d'administrations cherchant à rétablir le caractère de droit commun de sa juridiction, ne peut s'empêcher d'attirer des litiges qui relèvent de près ou de loin de sa compétence d'attribution. En effet, le Conseil d'Etat est un juge supérieur. Non seulement parce qu'il est juge d'appel, mais aussi parce que le législateur a témoigné sa volonté de lui réserver les litiges les plus importants (13). La juridiction de droit commun se trouve donc en position d'infériorité par rapport au juge d'attribution qu'est le Conseil d'Etat. On comprend donc que ce dernier ait tendance à interpréter largement son

(11) V. par ex. Civ., 19 mars 1945, D. 1945.J.251 ; Civ., 23 mai 1950, D. 1950.J.532.

(12) Req., 13 janvier 1869, D.P. 1872.I.198 ; v. dans le même sens, Civ., 25 novembre 1903, S. 1906.I.340.

(13) Rivero J., « Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice », D. 1954, chr. 157.

pouvoir de statuer. Une affaire Simonet jugée le 17 mai 1957 (14), est particulièrement symptomatique à cet égard. La Section du contentieux était saisie du recours contre un décret et contre la décision d'une commission exerçant un pouvoir de contrôle sur ce décret. Or, le Conseil d'Etat est compétent pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir formé contre un décret. Mais la décision de la commission relevait sans contestation possible de la compétence du tribunal administratif. Le commissaire du gouvernement Heumann a néanmoins rattaché cette décision à la compétence du Conseil d'Etat : « En l'espèce, c'est le décret qui est l'objet principal du recours et l'annulation de la décision de la commission n'est poursuivie que par voie de conséquence et à l'aide des moyens tirés de l'illégalité prétendue du décret : le litige est indivisible : la connexité des conclusions vous oblige à retenir votre compétence à l'égard de la décision de la commission comme à l'égard du décret ». Or, c'est un principe constant qu'un tribunal d'attribution ne peut connaître d'une demande connexe à la demande entrant dans son pouvoir de statuer dès lors que, par sa nature, elle lui échappe (15). Le commissaire du gouvernement Heumann prétendait donc faire appliquer la notion de connexité au bénéfice d'une juridiction d'attribution. Ceci est inconcevable dans la compréhension classique du principe de distinction des juridictions de droit commun et d'attribution. Mais, dans le cas particulier du Conseil d'Etat, l'argumentation de M. Heumann n'était pas tout à fait inexacte. Il entendait exprimer que l'accessoire doit suivre le principal. Le principal, c'est ici le litige de la compétence du Conseil d'Etat.

La Section du contentieux n'a cependant pas retenu cette opinion, ou du moins, elle ne l'a pas consacrée expressément dans sa décision. Celle-ci retient la compétence du Conseil d'Etat pour connaître du décret et de « la décision de la commission confirmant ce décret ». Elle a, en somme, estimé que la décision de la commission ne créait aucune situation nouvelle et qu'elle était donc purement confirmative. On ne peut cependant admettre cette argumentation. La décision de la commission crée une situation nouvelle. C'est en réalité cette décision qui crée la situation définitive. La commission avait, en effet, le pouvoir de statuer sur l'éligibilité de la personne désignée par le décret et sur la régularité de sa désignation. Avant que la commission ait statué, le décret de nomination ne crée encore aucun intérêt né et actuel (16).

(14) Section, 17 mai 1957, Simonet, Rec. 314, conclusions Heumann, D. 1957.J.580, note Jeanneau B. V. cependant, 8 janvier 1958, Ministre des travaux publics c. société des courses de la Côte d'Azur, Rec. 13 ; 2 juillet 1958, commune de Mers-el-Kébir, Rec. 408.

(15) V. Req., 13 janvier 1869, précité, et CUCHE et VINCENT, « Procédure civile et commerciale », 11e édition, Dalloz 1958 ; CORNU et FOYER, *op. cit.*, p. 145.

(16) Le commissaire du gouvernement remarque d'ailleurs que la commission constitue « une instance administrative supérieure à celle qui prend les décrets, ayant le pouvoir d'infirmer un acte qui dans la hiérarchie des décisions administratives se situe traditionnellement à l'échelon le plus élevé (Rec. 319, conclusions précitées).

On ne peut admettre que la décision de la commission bouleverse cette situation. Si l'on admettait le raisonnement du Conseil d'Etat, une décision qui a pour effet de rendre définitif un décret serait, à partir du moment où elle intervient, une décision confirmative !

En réalité, l'argumentation du Conseil d'Etat masque l'élément essentiel qui l'a amené à retenir sa compétence. L'importance des actes qui relèvent de sa compétence d'attribution amène la Haute Assemblée à attraire devant elle des actes qui devraient relever normalement de la compétence de la juridiction de droit commun. Les auteurs ne se sont d'ailleurs pas mépris sur la portée de cette décision. En conclusion d'une note consacrée à l'affaire Simonet, M. Jeanneau remarque : « ...cette décision témoigne sans équivoque du souci de la haute juridiction administrative de comprendre plus largement sa compétence lorsqu'il s'agit de l'appréciation d'un acte de l'exécutif aussi important que le décret... » (17).

358. — Le principe de distinction des juridictions de droit commun et des juridictions d'attribution ne peut donc être interprété de la même manière par les deux jurisprudences. Lorsque la juridiction d'attribution est le Conseil d'Etat, le principe est interprété de manière spéciale en procédure administrative contentieuse. La jurisprudence du Conseil d'Etat maintient et renforce le caractère de juridiction de droit commun des tribuanux administratifs lorsqu'il s'agit d'affaires peu importantes. Au contraire, lorsque les actes administratifs en cause sont particulièrement importants, il affirme sa compétence (18).

Cette jurisprudence est la conséquence de l'organisation particulière de la juridiction administrative. Mais cette organisation n'est pas le résultat de simples contingences législatives, mais bien le fruit d'une politique délibérée. Elle résulte de la nature des actes administratifs en cause. Aux actes particulièrement importants correspond le pouvoir de statuer d'une juridiction particulièrement élevée et particulièrement apte à les apprécier. La nature particulière de l'acte administratif dicte les solutions retenues en matière administrative.

### § II. — La détermination du tribunal compétent au sein de la catégorie de juridictions compétentes.

Cette détermination est affaire de géographie. La répartition géographique des tribunaux implique que soient trouvés des critères de localisation géographique du litige. Dans ce domaine également l'ap-

(17) Note précitée.

(18) Les dispositions législatives les plus récentes étendent la compétence du Conseil d'Etat. Ainsi, le Conseil d'Etat est le juge de droit commun du contentieux administratif de la Communauté (ordonnance du 10 mars 1959). V. également ordonnance du 7 novembre 1958, art. 14, ordonnance du 22 novembre 1958, ordonnance du 29 décembre 1958, article 10. Sur tous ces points, Vedel, *Droit administratif*, t. II, Thémis, 1960, pp. 637 et 638.

plication des principes retenus par la procédure civile aurait conduit à des résultats inverses de ceux recherchés en procédure administrative contentieuse. Pour cette raison, celle-ci a cherché des facteurs originaux de situation du litige.

359. — *La procédure civile* a retenu essentiellement deux critères de compétence territoriale des juridictions de droit commun.

La compétence pour connaître d'un litige appartient, en principe, au tribunal du domicile du défendeur (19). On confère donc le pouvoir de statuer à un tribunal territorialement situé en fonction d'une des parties au futur procès. La raison du choix de cette règle, privilège au profit du défendeur, importe peu ici (20). Il est cependant essentiel de remarquer que le critère de compétence territoriale ainsi retenu est facile à déterminer. Il est, d'autre part, possible de le retenir dans tous les cas.

De manière plus exceptionnelle, le critère de rattachement à un tribunal déterminé n'est pas trouvé dans l'élément subjectif du litige mais dans un de ses éléments objectifs. C'est ainsi que le Code de procédure civile s'attache à la situation géographique de la chose objet du litige, au tribunal « de la situation de l'objet litigieux » (21). Le fait qui est à l'origine de la réclamation est pris en considération dans d'autres hypothèses. Par exemple, en matière de réparation du dommage causé par un délit, une contravention ou un quasi-délit, la demande pourra être portée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (22).

Ces critères objectifs sont cependant exceptionnels. Malgré la portée limitée qui lui avait été attribuée par le Code, la règle *actor sequitur forum rei* a été reconnue par la doctrine (23) et la jurisprudence (24) comme ayant une portée extrêmement générale.

360. — *La procédure administrative contentieuse* n'a pu adopter le critère de la compétence du tribunal du domicile du défendeur. Deux considérations ont empêché ce choix.

Tout d'abord, le recours pour excès de pouvoir ne reconnaît pas pleinement, comme nous l'avons vu, la qualité de partie du défendeur. Retenir ce critère eût été consacrer cette qualité. D'autre part, le défendeur étant le plus souvent l'administration, et celle-ci ayant le plus souvent son siège dans la capitale, on risquait de rattacher ainsi tous les litiges à un même tribunal. Les règles de compétence ont cherché

(19) Article 59, § I, C. proc. civ.

(20) Sur ce point, v. CORNU et FOYER, *op. cit.*, p. 141 ; CUCHE et VINCENT, *op. cit.*, p. 203.

(21) Article 59, § III, C. proc. civ.

(22) Article 59, C. proc. civ., loi du 26 novembre 1923.

(23) V. les références citées par GIVERDON, « Encyclopédie procédure civile et commerciale », Dalloz, V° Compétence civile, n° 35.

(24) Aix, 26 mai 1931, D.H. 1931.436 ; Amiens, 7 janvier 1948, D. 1948.J.121.

à éviter ce double écueil. A notre avis, elles n'y ont pas pleinement réussi.

Le critère retenu est celui du siège de l'autorité qui a pris la décision. Le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée ou signé le contrat litigieux (25). Ce n'est pas directement le « domicile du défendeur » qui est ainsi pris en considération. Apparemment, le facteur de rattachement est trouvé dans le siège de la personne publique dont émane l'acte administratif. Mais en fait, ces deux éléments coïncident.

Cet élément retenu devrait entraîner, la plupart du temps, la compétence du tribunal administratif de Paris. Aussi, une variété d'autres éléments de localisation du litige déterminent dans des cas spéciaux le tribunal administratif territorialement compétent (26). Parmi ces critères particuliers, on peut citer le lieu de résidence du demandeur (27) ou celui de la situation de la chose objet du litige (28). C'est uniquement si aucun de ces critères particuliers ne peut recevoir application qu'il convient de se déférer au principe général du siège de l'auteur de l'acte attaqué (29). En transposant la distinction des juridictions de droit commun et des juridictions d'attribution au sein d'une catégorie de juridiction donnée, le tribunal administratif qui a compétence de droit commun reste celui dans le ressort duquel a son siège l'autorité qui a pris la décision attaquée ou signé le contrat litigieux (30).

Nous constatons donc que si le critère du domicile du défendeur n'a pas, de manière générale, été retenu, le principe de droit commun en procédure administrative contentieuse reste très proche de celui adopté en procédure civile. Mais comme le demandeur est le plus souvent prédéterminé en matière administrative, l'administration reçoit ainsi un véritable privilège : celui d'être en principe jugée à son siège. Ce privilège ne découle pas de l'hétérogénéité des solutions retenues dans les deux matières. Il est la conséquence de l'application d'un principe semblable à des situations différentes.

*
**

(25) Article 4 du décret du 28 novembre 1953.

(26) Articles 7 à 46 du décret du 28 novembre 1953.

(27) Article 9 du décret du 28 novembre 1953, v. par ex. pour l'application de cette disposition Tr. adm. Paris, 28 février 1956, Ghattas, Rec. 514.

(28) Articles 8, 9 et 16 du décret du 28 novembre 1953, v. par exemple, 25 février 1957, Parentaud, Rec. 127.

(29) 9 novembre 1955, Chauveau, Rec. 528, A.J. 1956.II.1, conclusions Bernard.

(30) L'application de ce principe arrive à donner une compétence extensive au tribunal administratif de Paris. Ce résultat est sans doute contraire à l'intention des auteurs du texte. Il n'en reste pas moins le résultat nécessaire des dispositions retenues. Un principe affirmant une compétence de droit commun reste, quelle que soit la portée des dérogations particulières, celui qui a le plus de chance d'être appliqué.

La logique veut que l'on détermine, en premier, la catégorie de juridictions compétentes, puis le tribunal territorialement compétent au sein de cette catégorie. Cette démarche est valable dans les deux procédures. Cependant, en procédure administrative contentieuse, une des règles de compétence déroge à ce processus normal. L'article 5 du décret du 30 septembre 1953 prévoit, en effet, que le Conseil d'Etat reste compétent pour connaître les litiges d'ordre administratif nés hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs et des conseils du contentieux administratif. Pour déterminer la compétence résiduelle ainsi attribuée au Conseil, une démarche inverse de la démarche ordinaire doit être suivie. Il faut tout d'abord examiner si l'application des règles de compétence territoriale permet de saisir un tribunal administratif déterminé, « c'est seulement si l'application de celles-ci ne permet pas de déterminer un tribunal administratif territorialement compétent que le litige doit être regardé comme né hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs et entre à ce titre dans la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat... » (31). L'examen de la compétence territoriale précède dans ce cas celui de la compétence d'attribution. Cette disposition absolument contraire aux principes entraîne les plus graves difficultés (32). D'autre part, elle montre, une fois de plus, que la distinction des juridictions de droit commun et des juridictions d'attribution n'est pas pleinement réalisée dans le contentieux administratif. C'est, en effet, en principe à la juridiction de droit commun que doit revenir la connaissance des litiges qui ne rentrent dans le pouvoir de statuer d'aucun autre tribunal. Or, en procédure administrative contentieuse, l'article 5 du décret du 30 septembre 1953 attribue ce pouvoir au Conseil d'Etat. La compétence résiduelle est ainsi réservée à la juridiction d'attribution et non à la juridiction de droit commun.

(31) 9 novembre 1955, CHAUVEAU précité ; v. également 3 décembre 1955, Magisson, Rec. 573 ; Section, dame veuve Loret, Compagnie le Phénix-Accidents, deux espèces, Rec. 464, D. 1957.J.3, conclusions Kahn.

(32) Les critiques les plus sévères ont été portées vis-à-vis d'elle par le commissaire du gouvernement Kahn (conclusions précitées note précédente). Il faut cependant remarquer que la jurisprudence du Conseil d'Etat n'est pas responsable de cet état de choses qui résulte directement de la loi. Cette disposition légale a une origine purement historique. Une jurisprudence ancienne décidait que dans le cas où les faits litigieux se sont produits dans un territoire n'entrant dans le ressort d'aucun conseil de préfecture ou d'aucun conseil du contentieux administratif, le ministre devait être saisi en premier ressort (21 mars 1880, Ministre des Affaires étrangères, D.P. 1881.III.3 ; 21 mai 1880, Vitalis S. 1881.III.78). Après l'abandon de la théorie du ministre juge, le Conseil d'Etat avait hérité en tant que juge de droit commun du pouvoir d'être saisi directement des litiges entrant dans cette catégorie (10 novembre 1944, Société Nord-Africaine d'industrie et de commerce, Rec. 286, 1er juillet 1938, Sabin Dudognan, Rec. 607, D.P. 1939.III.9). Le fait d'avoir maintenu cette compétence au Conseil d'Etat après la perte par celui-ci de sa qualité de juge de droit commun montre que toutes les conséquences ne sont pas tirées de l'érection en juge de droit commun des tribunaux administratifs.

361. — Les principes qui inspirent la procédure administrative contentieuse ne peuvent donc être dans ce problème ceux-mêmes retenus en procédure civile. La présence de l'administration dans l'instance, l'importance des actes administratifs en cause viennent donner un caractère original aux règles suivies devant les tribunaux administratifs. Le caractère original de la situation du Conseil d'Etat, dans l'ordre juridictionnel administratif, explique également qu'on ne puisse, en matière administrative, tirer toutes les conséquences de principes issus de la procédure civile.

### § III. — Le caractère des règles relatives au pouvoir de statuer.

362. — Le caractère de l'obligation qui pèse sur les parties n'est pas le même dans les deux procédures. L'intérêt public, qui s'attache aux instances jugées par les tribunaux administratifs, confère à toutes les règles relatives au pouvoir de statuer un caractère d'ordre public. Nous constaterons, au contraire, en procédure civile un certain assouplissement de ces règles.

363. — *En procédure administrative contentieuse,* les règles de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative ont un caractère d'ordre public. Ce caractère ne s'est cependant pas affirmé de la même manière pour les différentes règles. Une distinction doit être présentée entre règles de compétence d'attribution et règles de compétence territoriale.

Le principe d'ordre public des règles de compétence d'attribution « dérive de la nécessité d'une organisation stable des recours et des juridictions » (33). Le Conseil d'Etat a très tôt affirmé sa jurisprudence sur ce point. Il s'est ainsi refusé à reconnaître la validité de clauses de cahiers des charges dérogeant à l'ordre normal des compétences. Une espèce Chapot du 18 juin 1852 affirme ainsi, « il ne saurait appartenir aux parties de déroger par des conventions à l'ordre des juridictions établies par la loi (34) ». Le caractère d'ordre public de ces

(33) Conclusions R. Mayer, sur 1er août 1924, chemins de fer de l'Etat c. Cauthereau, S. 1925.III.26.

(34) 18 juin 1852 Chapot, Rec. 244. V. également, 4 novembre 1824, Chapron, Rec., t. III, 530. « que cette question d'intérêt privé, qui ne peut être résolue que par l'application du bail est du ressort des tribunaux ordinaires, à la juridiction desquels il n'a pu être valablement dérogé par aucune clause dudit bail ». 17 novembre 1824, Ouvrard, Rec., t. III, 532. 9 mars 1832, Delahaye, S. 1832.II.317 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois et règlements sur la compétence qui sont d'ordre public. » Nous avons vu (première partie, titre II et Introduction) que le pouvoir réglementaire ne pouvait aller à l'encontre du double degré de juridiction. V. également sur ce point. et plus généralement, sur la compétence, 29 mars 1832, Mont de piété de Strasbourg, S. 1832.II.318 : un règlement administratif ne peut « déroger au droit commun sur la juridiction » et dire que soient portés devant les conseils de préfecture des litiges qui relèvent des tribunaux ordinaires.

règles de compétence ne permet pas seulement à l'un des plaideurs de se prévaloir de leur violation, « le juge doit vérifier sa compétence à cet égard et il peut d'office, soit en première instance, soit en appel, relever l'incompétence et se dessaisir du litige porté à tort » (3) devant un tribunal incompétent.

Les règles de compétence territoriale ont également été considérées comme étant d'ordre public. Lorsque Laferrière dégage les caractères généraux de la juridiction des conseils de préfecture (35), il ne manque pas de placer, au premier rang de ces caractères, la nature territoriale de cette juridiction. Ceci s'explique par l'origine des conseils de préfecture. Les liens entre l'administration départementale et les conseils de préfecture sont tels, à l'origine, que les conseils de préfecture concourent à l'administration du département. Il en résulte tout naturellement que leur compétence va se limiter aux litiges nés dans ce cadre territorial. Aussi, le Conseil d'Etat précise qu'il n'y a pas lieu de saisir le conseil de préfecture du domicile du défendeur, mais celui où les opérations donnant lieu aux litiges ont été exécutées (36). A ce stade de l'évolution, le caractère d'ordre public des règles de compétence territoriale ne fait pas de doute. Mais, au fur et à mesure que le caractère juridictionnel des conseils de préfecture s'affirme et que leur autonomie vis-à-vis de l'administration s'accuse, le fondement de ce caractère d'ordre public s'étiole. Le Conseil d'Etat avait admis une dérogation à ce caractère d'ordre public, lorsque les litiges s'étendaient sur plusieurs départements (37). Mais il s'agissait là d'une dérogation imposée par la nature des choses. En 1924, le Conseil d'Etat va reconnaître la validité d'une clause attributive de compétence (38). Le commissaire du gouvernement, R. Mayer, a justement remarqué que les origines historiques de la juridiction territoriale des conseils de préfecture se sont effacées. « Le motif de la compétence territoriale... doit donc céder aujourd'hui s'il se trouve des faits d'administration qui, eux, ne sont plus en corrélation avec ce cadre départemental. » Le Conseil d'Etat admet, en conséquence, que l'administration des chemins de fer de l'Etat, qui a son siège à Paris et dont le réseau s'étend sur un certain nombre de départements, introduise dans ses cahiers des charges une clause aux termes de laquelle, pour tous les travaux dudit réseau, quel que soit l'endroit où ils seront exécutés, les litiges entre ladite administration et ses entrepreneurs seront portés devant le Conseil de préfecture de la Seine (39). La Haute Assemblée va également admettre l'attribution au conseil de préfecture d'une demande qui relève d'un

(35) *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édition, 1896, t. II, p. 359.

(36) 26 juin 1874, Vavin, S. 1876.II.122.

(37) 22 juin 1906, Flicateaux, Barne et Boutet, S. 1908.III.48.

(38) 1er août 1924, Chemins de fer de l'Etat c. Gauthereau, S. 1925.III.26, conclusions R. Mayer.

(39) V. dans le même sens, 4 juin 1937, Compagnie des câbles télégraphiques, Rec. 257.

conseil du contentieux administratif, si elle présente à juger des questions concernant des marchés exécutés dans le ressort des différents conseils de préfecture ou conseils du contentieux administratif (40).

Le caractère d'ordre public des règles de compétence, *ratione loci*, est ainsi nuancé. « Les parties peuvent y déroger lorsqu'un intérêt public le justifie (41). En matière contractuelle, le Conseil d'Etat reconnaissait le plus souvent la validité de clauses dérogatoires.

Le décret du 28 novembre 1953 (42) dispose, désormais, que « la compétence territoriale des tribunaux administratifs est d'ordre public ; les règles de compétence lient les tribunaux administratifs qui doivent opposer, même d'office leur incompétence. Sauf en matière de marchés, contrats ou concessions, la compétence territoriale ne peut faire l'objet de dérogations, même par voie d'élection de domicile ou d'accords entre les parties ». Tout en maintenant le caractère d'ordre public des règles de compétence territoriale, les dispositions sanctionnent la jurisprudence antérieure. Une dérogation reste possible en matière conventionnelle (43). Elle doit cependant avoir été prévue avant la naissance du litige (44). Le tribunal saisi peut, d'autre part, estimer que l'intérêt public s'oppose à cette dérogation.

La réaffirmation du caractère d'ordre public des règles de compétence territoriale montre cependant une volonté de déconcentration de la justice. Elle a perdu sa justification initiale. Elle se légitime uniquement par le désir de ne pas permettre aux plaideurs de prévoir, dans la plupart des cas, la saisine du tribunal administratif de Paris. Le plaideur qui se laisserait facilement emporter par une tendance à la concentration est, le plus souvent, l'administration. Le caractère d'ordre public de la compétence territoriale assure aux personnes privées la possibilité d'une saisine *effective* des tribunaux administratifs de province.

364. — *En procédure civile*, une distinction a été longtemps prônée par la doctrine (45) entre règles de compétence d'attribution et règles de compétence territoriale. Seules les premières seraient d'ordre public. Le Code de procédure civile paraissait consacrer cette solution. En effet, l'article 168 dispose que la partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation pourra demander son renvoi devant les juges compétents. Cet article s'appliquerait aux seules règles de compétence territoriale. Prévoyant une

(40) 25 novembre 1949, Société technique des appareils centrifuges industriels, S. 1950.III.33, conclusions Odent, Penant, 1951.I.127, note Charlier, R.J.P.U.F. 1949, p. 474, note C.M.

(41) Conclusions Odent précitées.

(42) Article 5.

(43) Article 13 du décret du 28 novembre 1953.

(44) Section, 29 mars 1957, Roger, conclusions Grévisse, A.J. 1957.III.205.

(45) V. le rappel de cette doctrine dans MOREL, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition, Sirey 1949, p. 179.

simple possibilité pour les plaideurs de se prévaloir de la violation de ces règles, il admettrait, par là-même, qu'elles ne sont pas d'ordre public. L'article 170 prévoit au contraire que si le tribunal est incompétent à raison de la matière, il sera tenu de renvoyer l'affaire d'office même si ce renvoi n'est pas demandé. Le caractère d'ordre public de la compétence d'attribution se verrait ainsi affirmé.

Morel a justement montré l'incohérence de cette solution (46). Il est vrai qu'en général les règles de compétence d'attribution sont d'ordre public : la répartition des affaires par leur nature entre les diverses juridictions est nécessaire à la bonne administration de la justice. Il est non moins exact, d'autre part, que les règles de compétence territoriale sont élaborées, le plus souvent, dans le seul intérêt des plaideurs. Mais il faut examiner dans chaque cas si un « intérêt supérieur de bonne administration de la justice s'attache à la règle en cause » et ne proclamer le caractère d'ordre public de la règle en cause que si cet intérêt est reconnu.

La jurisprudence ne s'est jamais arrêtée à la distinction absolue des deux séries de règles. La doctrine de Morel traduit finalement sa position. La Cour de cassation a reconnu que certaines règles de compétence d'attribution ne sont pas d'ordre public. Elle a ainsi admis que l'incompétence des tribunaux civils pour connaître des affaires commerciales n'est pas d'ordre public. Aussi, les parties peuvent-elles renoncer à demander leur renvoi devant les tribunaux de commerce (47). Mais la Cour suprême admet réciproquement le caractère d'ordre public de certaines règles de compétence territoriale. Ainsi, en matière de succession, l'attribution de juridiction au tribunal du lieu d'ouverture de la succession est considérée comme étant d'ordre public (48). Des considérations analogues à celles du droit administratif amènent parfois une fixité des règles de compétence territoriale. Ainsi, en matière d'assurance, pour éviter que les compagnies d'assurances n'insèrent dans leurs contrats (49) des clauses attributives de juridiction au tribunal de leur siège social, la loi (50) fixe des règles impératives de compétence territoriale. L'ordre public de ces règles est ici motivé par la volonté d'éviter que la partie la plus puissante n'impose à l'autre des clauses attributives de compétence dans son propre intérêt.

La réforme du 22 décembre 1958, sans modifier ces solutions, donne cependant un tour nouveau aux problèmes de compétence (51). Les exceptions d'incompétence soulevées par les parties étaient trop souvent des moyens dilatoires. Une exception portant sur une règle de

(46) *Op. cit.*, p. 179.
(47) Req. 20 novembre 1848, D.P. 1849.I.233 ; Req., 17 juin 1884, S. 1886.I.407.
(48) Civ., 20 juin 1898, D.P. 1899.I.441.
(49) ... qui sont, rappelons-le, des contrats d'adhésion.
(50) Loi du 13 juillet 1930, article 3.
(51) LINDON R., « Les modifications du Code de procédure civile en matière de conflits de compétence », J.C.P. 1959.I.1468.

compétence d'ordre public pouvait n'être soulevée qu'en appel, ou même, dans certains cas, en cassation (52), alors que le plaideur en connaissait l'existence dès l'introduction de l'instance. Cette exception soulevée tardivement après plusieurs années de procédure obligeait à recommencer le procès. A présent, la violation des règles de compétence d'ordre public ne peut plus être invoquée après des conclusions au fond. On a ainsi réduit justement la possibilité pour les parties d'invoquer des exceptions d'incompétence. Le juge garde, lui, la possibilité de soulever d'office la violation des règles de compétence d'attribution d'ordre public. Mais il ne peut plus, par contre, prononcer d'office l'incompétence territoriale (53).

365. — *Comparaison des solutions retenues par les deux procédures.* — Les règles de compétence ont un caractère plus accusé en procédure administrative contentieuse qu'en procédure civile. Les divers assouplissements apportés en procédure civile ne paraissent pas devoir se réaliser en procédure administrative contentieuse. Sur le plan de la compétence d'attribution, les solutions retenues dans les deux domaines sont semblables : leur caractère d'ordre public est toujours reconnu dans le contentieux administratif, il est le plus souvent admis en procédure civile. Le caractère d'ordre public des règles de compétence territoriale s'explique, en procédure administrative contentieuse, à raison de l'inégalité des parties en présence. En procédure civile, ce caractère se retrouve dans les hypothèses où cette inégalité est particulièrement frappante.

## § IV. — L'harmonisation des règles relatives au pouvoir de statuer.

366. — Les règles relatives au pouvoir de statuer sont génératrices de conflits. Non seulement par elles-mêmes, lorsqu'elles confèrent compétence pour connaître d'une même affaire ou d'affaires voisines à des tribunaux distincts. Mais aussi, ces règles peuvent aboutir, du fait de divergences d'interprétation entre les différentes juridictions, à des incompétences ou des compétences difficilement conciliables. A la limite de ces conflits se situe le déni de justice : les différents juges saisis se déclarent tous incompétents pour connaître de l'affaire. Dans d'autres cas, ces conflits peuvent engendrer une compétence reconnue de plusieurs juridictions pouvant statuer chacune dans le sens

(52) Article 170 *bis*, C. proc. civ. (cet article est désormais abrogé par le décret du 22 décembre 1958).

(53) Sauf lorsque les parties ne peuvent transiger sur leurs droits (art. 171, C. proc. civ.). Mais MM. Cornu et Foyer notent justement (*Procédure civile*, Thémis. Mise à jour 1960, La réforme judiciaire, p. 65), ce critère est « tiré du fond du droit, non des règles de compétence ».

qu'elle détermine. Qu'il s'agisse de conflits positifs ou de conflits négatifs, une harmonisation de l'interprétation des règles relatives au pouvoir de statuer est apparue nécessaire. Avant la réforme du 22 décembre 1958, les deux procédures appliquaient la même technique de règlement des conflits. La procédure administrative contentieuse avait imité les dispositions du Code de procédure civile. C'est avant tout cette communauté d'inspiration qu'il faudra décrire, *bien qu'elle ne corresponde plus au droit positif pour la procédure civile.* On envisagera ensuite le nouveau régime de la procédure civile en montrant qu'il peut être rendu applicable à la procédure administrative contentieuse.

367. — 1° *Le processus d'harmonisation des règles relatives au pouvoir de statuer.* — En procédure civile, la loi a prévu le règlement de juges pour parer aux difficultés entraînées par l'interprétation des règles relatives au pouvoir de statuer. Le Conseil d'Etat reconnaît depuis longtemps l'existence d'une telle procédure en matière administrative. Avant 1889, il procédait fréquemment à des règlements de compétence entre deux ministres-juges (54). Après l'abandon de la théorie du ministre-juge, la procédure de règlement va connaître un long sommeil. En 1932, le Conseil d'Etat va consentir à l'appliquer à nouveau (55). Depuis, son existence n'est plus mise en cause.

368. — A. *Conflits dont le règlement est nécessaire.* — Le conflit peut être né et actuel. Deux juridictions se sont déclarées compétentes ou incompétentes pour connaître d'une même affaire. Le conflit peut être également purement éventuel. Il s'agit, dans ce deuxième cas, d'éviter que les jugements à intervenir soient entachés d'une contradiction quelconque, quant au problème de compétence.

La *procédure civile* a développé l'institution du règlement de juges au-delà de ce que les textes avaient prévu. Le Code de procédure civile (56) n'avait prévu que le cas de saisine simultanée de deux ou plusieurs tribunaux d'un même différend. Il n'envisageait donc le règlement qu'au cas de litispendance. La jurisprudence a étendu l'application du règlement de juges au cas de connexité (57). Il est intéressant de noter que dans l'ensemble de ces espèces, le conflit est reconnu, même s'il n'est pas actuel. Le conflit existe même lorsque deux juridictions n'ont pas encore statué sur la compétence (58). En effet, il ne servirait à rien de laisser les deux juridictions statuer sur

(54) V. par ex. 26 juillet 1837, Allard, Rec. 346.

(55) 15 janvier 1932, dame veuve Reynes, D.P. 1932.III.11, conclusions Rouchon-Mazerat.

(56) Article 363.

(57) Req., 22 janvier 1862, D.P. 1862.I.172 ; Civ., 3 janvier 1951, Bull. civ. 1951.II.9.

(58) V. dans ce sens, Morel, *op. cit.*, p. 256 ; Cuche et Vincent, *op. cit.*, p. 242 ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 152.

une même question ou des questions approchantes, s'il pouvait en résulter un conflit quelconque sur la compétence (59). Toutes ces hypothèses pouvaient être considérées comme une application extensive des textes du Code prévoyant le conflit positif. La jurisprudence civile a également reconnu la possibilité d'un conflit négatif (60).

Aucun de ces conflits ne nous paraît incompatible avec l'esprit de la *procédure administrative contentieuse*. Nous verrons, cependant, qu'en pratique, les conflits sont jusqu'à présent bien moins variés dans cette procédure.

Le conflit positif peut exister entre deux décisions de juridictions administratives concernant la compétence, ou plus ordinairement, entre deux jugements de tribunaux administratifs. Cet « excès » de compétence doit être réglé dans le contentieux administratif, qu'il s'agisse d'un même litige ou qu'il s'agisse de deux litiges connexes. On ne voit, d'autre part, aucun obstacle au règlement d'un conflit éventuel.

Le conflit négatif peut également exister et il peut être aussi bien éventuel que d'ores et déjà réalisé.

On ne retrouve cependant pas, dans la jurisprudence administrative, d'espèces statuant sur l'ensemble de ces cas. Le conflit que l'on retrouve le plus fréquemment est le conflit négatif résultant d'une double incompétence d'un tribunal administratif (ou, avant 1953, d'un Conseil de préfecture) et du Conseil d'Etat. Ce conflit est un conflit éventuel. Le Conseil d'Etat est en effet amené à statuer dans les conditions suivantes. Après la déclaration d'incompétence d'un tribunal administratif, le plaideur, sans appeler de ce jugement, saisit directement le Conseil d'Etat. Ce dernier, juge erronée la déclaration d'incompétence et estime, en conséquence, qu'il n'est pas compétent. Le conflit est, dans ce cas, un conflit négatif. Mais il est *virtuel*. Si le Conseil d'Etat avait exigé un conflit actuel, il aurait fallu attendre que sa décision eût acquis l'autorité de la chose jugée. Le requérant n'aurait pu déposer une demande en règlement de juges qu'à ce moment. Le Conseil d'Etat a cependant admis l'existence du conflit virtuel. En se déclarant incompétent, il règle le problème né de la double déclaration d'incompétence (61).

L'absence de variété des types de conflit provenait de l'unité du juge de droit commun avant 1953 : le Conseil d'Etat. Depuis la réforme du contentieux, les tribunaux administratifs sont juges de droit com-

(59) Req., 19 décembre 1887, D.P. 1888.I.459 ; Req., 9 février 1927, D.P. 1927.I.128.

(60) V. « Encyclopédie Procédure civile et commerciale », Dalloz, V° Renvoi, n° 37. V. également, Req., 30 juillet 1906, D.P. 1906.I.523 ; Req., 12 décembre 1910, D.P. 1911.I.21.

(61) Dame veuve Reynes, précité ; 3 avril 1936, Sudre, D.P. 1936.III.57, conclusions P.L. Josse, note Waline, 11 mai 1937, Cléry, Rec. 495 ; Section, 16 juin 1950, Etablissements Batle, Rec. 370, conclusions Gazier ; Section, 18 décembre 1952, de Bengy, Rec. 569 ; Section, 1er juillet 1955, Caisse de compensation de l'organisation autonome nationale de l'industrie et du commerce, Rec. 381.

mun. Les problèmes créés par la détermination territoriale respective de ces juges de droit commun sont difficiles à résoudre. Il est probable que les occasions de conflits positifs ou négatifs se multiplieront.

369. — B. *Juge compétent pour résoudre le conflit.* — En procédure civile, la juridiction compétente pour opérer le règlement de juges est une juridiction supérieure aux tribunaux entre lesquels existe le conflit (62). Si le conflit existe entre deux tribunaux de première instance relevant de la même Cour d'appel, c'est cette dernière qui le règlera. Si les tribunaux ne ressortissent pas à la Cour, ou si le conflit existe entre deux Cours, le règlement de juges sera fait par la Cour de cassation.

En procédure administrative contentieuse, le principe du règlement par le supérieur commun n'est pas toujours applicable. Le Conseil d'Etat ne connaît aucun supérieur. Il est juge d'appel et juge de cassation, il est donc normal que la mission de régler les conflits lui revienne ; même lorsque le conflit existe entre une de ses décisions et le jugement d'un tribunal administratif. Comme l'affirmait M. le Professeur Waline en 1936 (63), le principe du règlement du conflit par le supérieur commun est ici « incompatible avec l'organisation des tribunaux administratifs qui ne place au-dessus du Conseil d'Etat et du conseil de préfecture aucun supérieur commun » .Si les juridictions administratives en conflit comportent un double degré de juridiction et ne relèvent du Conseil d'Etat que par la voie de la cassation, le principe du règlement par le juge supérieur s'appliquera normalement (64).

370. — C. *Méthode de règlement du conflit.* — En procédure civile, une requête devant la juridiction compétente est absolument nécessaire pour que celle-ci statue sur le règlement de juges. Dans le contentieux administratif, lorsque la juridiction compétente est en même temps celle qui rend l'un des jugements générateurs de conflit (c'est-à-dire, le Conseil d'Etat), elle se saisit elle-même de l'autre jugement générateur de conflit. Cette saisine d'office permet ainsi au plaideur de voir régler le problème compétence, sans qu'il ait besoin d'introduire une nouvelle instance.

La méthode de règlement du conflit varie naturellement, en procédure civile, selon le type de conflit. Si le conflit est positif, le juge renverra, selon les cas, au juge compétent, au juge le premier saisi

(62) Article 363, C. proc. civ.

(63) Note sous 3 avril 1936, Sudre précité.

(64) Il en va ainsi tout particulièrement pour des juridictions professionnelles. V. Section, 6 décembre 1957, Conseil central des pharmaciens d'officine, Rec. 663, et les observations du professeur R. Drago dans une note D. 1959.J.399 (particulièrement, p. 400).

(litispendance), ou encore, au juge qu'il estime le mieux placé pour statuer sur la cause (connexité). Si le conflit est négatif, le juge pourra selon les cas, soit annuler l'un des jugements, s'il estime qu'il a déclaré à tort l'incompétence, soit renvoyer le demandeur à se pourvoir devant un troisième juge — qu'il ne désignera pas — s'il estime qu'aucun des tribunaux saisis n'était compétent (65).

Nous ne voyons aucun obstacle à la transposition de ces solutions en procédure administrative contentieuse. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs appliqué celles retenues en matière de conflit négatif : il annule dans ce cas la décision d'incompétence rendue à tort et il renvoie le demandeur devant la juridiction dont elle émane (66). Il serait contraire à l'esprit même du règlement de juges que la juridiction de renvoi puisse se déclarer à nouveau incompétente. Le problème de compétence est définitivement tranché par la procédure de règlement.

La procédure classique de règlement des conflits connaît ainsi, dans les deux matières, une application analogue, bien que l'organisation particulière de la juridiction administrative y apporte quelques assouplissements. Elle ne répond cependant pas suffisamment, à notre avis, à l'impératif d'harmonisation des règles relatives au pouvoir de statuer.

Toute juridiction qui retient l'exception d'incompétence devrait être obligée de désigner la juridiction qu'elle estime compétente. On éviterait ainsi au plaideur le risque de la saisine successive de tribunaux incompétents (67). Mais la jurisprudence estime qu'il n'appartient pas au tribunal administratif qui se déclare incompétent sur une requête de renvoyer la réclamation devant un autre tribunal administratif.

La procédure de règlement du conflit n'est utile que si l'un des tribunaux est réellement compétent. Ainsi, en cas de conflit négatif, si les tribunaux dont les jugements sont attaqués par la voie du règlement de juges se sont déclarés à bon droit incompétents, il n'appartient pas au juge saisi du règlement de déclarer le tribunal qu'il estime être compétent (68).

Il serait bon qu'il existe, dans les deux matières, une procédure qui permette de faire désigner rapidement le juge compétent pour connaître d'une affaire. La réforme du 22 décembre 1958 a tenté de résoudre, en procédure civile, les divers problèmes nés des règles relatives au pouvoir de statuer.

(65) Req., 11 avril 1938, D.H. 1938.420.

(66) V. par exemple, 17 décembre 1956, Michel, Rec. 486 : « ... il y a lieu pour le Conseil d'Etat, en raison de la contrariété qui existe entre la présente décision et l'arrêté susvisé du Conseil du contentieux administratif de Madagascar passé en force de chose jugée, de reconnaître la nullité de cet arrêté et de renvoyer le requérant devant ledit Conseil pour y être statué ce que de droit sur sa réclamation. »

(67) Ce risque n'est pas illusoire, v. 24 janvier 1958, précité.

(68) 19 novembre 1955, Balmelle, Rec. Tables, 670.

371. — 2° *La réforme du décret du 22 décembre 1958 en procédure civile.* — Il existe à présent, dans cette matière, une procédure accélérée destinée à donner la solution de tout problème de compétence. Si un tribunal se déclare compétent malgré une exception d'incompétence, ou s'il se déclare incompétent, une procédure spéciale s'engage devant la Cour d'appel. Dans le deuxième cas, cette Cour sera saisie d'office par le juge, alors que dans le premier, elle ne sera saisie que si le particulier appelle du jugement affirmant la compétence. La Cour d'appel devant laquelle seront ainsi centralisés tous les incidents de compétence relatifs aux tribunaux inférieurs, devra obligatoirement désigner le tribunal qu'elle estime compétent. On évite ainsi la multiplication des conflits de compétence. On permet d'autre part au plaideur de faire désigner son juge de manière à ce que la compétence de ce dernier ne soit plus mise en cause. Il en résulte que, désormais, le règlement ne peut plus avoir lieu qu'au cas « de conflit actuel et positif de juridictions » (70).

L'introduction d'une telle réforme dans la procédure administrative contentieuse serait facilitée par le rôle naturel de Cour régulatrice du Conseil d'Etat. La Haute Assemblée apparaîtrait ainsi pleinement comme le régulateur suprême des compétences des juridictions administratives. Il nous paraît même possible qu'une telle procédure soit créée par la voie jurisprudentielle, justement grâce à ce caractère de la juridiction du Conseil d'Etat.

## Sous-Section II

### Les dérogations au choix normal du juge.

372. — Les plaideurs peuvent, bien que le juge soit normalement compétent, s'attacher à l'exclure du jugement de leur instance. Le droit admet deux espèces de dérogations au pouvoir ordinaire du juge de statuer. Si les plaideurs, ou l'un d'entre eux, démontrent qu'ils ont quelque raison de douter de l'impartialité du juge compétent, deux facultés leur sont ouvertes par la loi ou la jurisprudence. Dans le cas où l'impartialité d'un seul juge est mise en cause, les plaideurs ont à leur disposition la récusation ; si c'est le tribunal tout entier qui se voit accuser de partialité, la procédure du renvoi pour suspicion légitime devra être utilisée.

(69) Req., 11 avril 1938, précité ; 19 novembre 1955, Balmelle précité.

(70) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, mise à jour 1960, La réforme judiciaire, p. 65.

## § I. — La récusation.

373. — Destinée à écarter du tribunal un juge suspect de partialité, la récusation est prévue et organisée par le Code de procédure civile (71). Malgré l'absence de texte, le Conseil d'Etat avait admis l'existence de la récusation devant toutes les juridictions administratives (72). La loi du 22 juillet 1889 va prononcer explicitement l'applicabilité des dispositions du Code de procédure civile sur la récusation devant les conseils de préfecture (73). On aurait pu penser que cette intervention législative limitée devait conduire à restreindre la possibilité de la récusation aux seuls conseils de préfecture. Le Conseil d'Etat a, au contraire, estimé que la récusation constituait une règle générale de procédure, en se référant aux textes civils. La section du contentieux déclare ainsi dans une affaire Ducos, « les règles du Code de procédure civile relatives à la récusation des juges ne sont pas incompatibles avec le caractère administratif des tribunaux départementaux et des cours régionales des pensions (74) ».

Les différents cas de récusation prévus en procédure civile doivent donc être considérés comme applicables à la procédure administrative contentieuse. Il faut et il suffit que le juge visé par la demande ait été ou soit dans une situation telle qu'elle puisse mettre en cause son impartialité (75).

Ce ne sont pas seulement les conditions de la récusation qui ont été appliquées dans le contentieux administratif, mais également, la procédure. L'article 391 du Code de procédure civile admet que « tout jugement sur récusation, même dans les matières où le tribunal de première instance juge en dernier ressort, sera susceptible d'appel... ». Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il admis l'illégalité des dispositions d'un décret prévoyant que l'arrêté rendu par une juridiction administrative sur une demande de récusation n'était pas susceptible d'appel (76). Cette application de l'appel au jugement de récusation est certes une application du principe plus général du double degré de juridiction. Mais elle est plus directement inspirée des dispositions du Code de procédure civile.

(71) Article 378.

(72) 25 avril 1833, Ministre de l'Intérieur c. Despeaux, Rec. 220.

(73) Article 41 de la loi du 22 juillet 1889 : « Les dispositions des articles 378 à 389 du Code de procédure civile sur la récusation des juges sont applicables devant les Conseils de préfecture. »

(74) Section, 24 juillet 1934, Ducos, Rec. 882, S. 1934.III.102. La récusation n'est cependant pas possible devant le Tribunal des Conflits en raison du caractère particulier de cette juridiction : T.C., 13 janvier 1958, Alioune Kane, Rec. 790.

(75) Ainsi, en cas de parenté : article 378 C. proc. civ. ; 13 mars 1925, Desreumeaux, Rec. 262. V. également sur la prise de position du juge avant l'introduction de l'instance ou la séance de jugement : article 378 C. proc. civ. ; 18 février 1949, Viet, Rec. 84.

(76) 4 février 1944, Vernon, Rec. 46.

En dehors de cette récusation forcée, la juridiction peut décider la récusation « volontaire » d'un de ses membres. Le Code de procédure civile dispose à cet effet : « Tout juge qui saura cause de récusation en sa personne sera tenu de la déclarer à la Chambre qui décidera s'il doit s'abstenir (77). » M. le Conseiller d'Etat, R. Odent, remarque justement que cette récusation volontaire est possible en matière administrative (78). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs eu l'occasion de décider qu'une juridiction peut inviter un de ses membres à s'abstenir de participer au jugement d'une affaire à laquelle il est intéressé (79).

### § II. — Le renvoi pour suspicion légitime.

374. — Le renvoi pour suspicion légitime est la récusation collective de tous les membres d'un tribunal. Il vise à écarter du jugement d'une affaire, non plus seulement tel juge déterminé, mais la juridiction compétente elle-même. Il constitue une exception importante aux règles normales de compétence.

Il a été introduit dans notre droit par l'article 65 de la Constitution du 22 frimaire an VIII. Cette disposition a été considérée comme applicable après le Code de procédure civile, bien qu'aucun article de ce Code n'en ait prévu le maintien (80). La Cour de cassation, dès 1821, en admet l'existence en procédure civile (81).

Le problème de son extension à la procédure administrative contentieuse s'est posé dès 1902. Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 30 juillet (82), se refuse, en l'absence de texte, à l'introduire dans le contentieux administratif. Teissier et Chapsal avaient déjà noté que « le caractère essentiellement territorial de ces juridictions ne permettait pas, en effet, le renvoi d'une affaire d'un conseil à un autre » (83). La Haute Assemblée va se ranger à cette argumentation. Mais, en 1957, la Haute Assemblée est revenue sur cette solution. Elle pose désormais, dans une espèce Nemegyei (84), que « tout justiciable est rece-

(77) Article 380.

(78) Odent, *Contentieux administratif*, fasc. II, p. 428.

(79) 11 février 1953, Société industrielle de produits chimiques Bozel. Malétra, Rec. 62.

(80) Si ce n'est dans les articles 368 à 377, le renvoi pour parenté ou alliance.

(81) Req., 21 mars 1821 et 21 août 1822, Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Dalloz, V° Renvoi, n° 63.

(82) Section, 30 juillet 1902, Maratore, Rec. 585 « Considérant que si l'article 41 de la loi du 22 juillet 1889 a rendu applicable devant les conseils de préfecture les articles 378 à 381 du Code de procédure civile, aucune disposition de loi ou de règlement n'a prévu et organisé devant ces conseils la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime... ».

(83) Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, 1891, p. 294.

(84) Section, 3 mai 1957, Nemegyei, Rec. 279. V. dans le même sens, 21 mai 1958, Demaret, Rec. 271 ; 8 janvier 1959, Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés. A.J. 1959.II.84, note Dubisson, D. 1960.J.42, note Debbasch.

vable à demander à la juridiction immédiatement supérieure qu'une affaire, dont est saisie la juridiction compétente, soit renvoyée devant une autre juridiction du même ordre, parce que pour des causes dont il appartient à l'intéressé de justifier, le tribunal compétent est suspect de partialité ».

La réglementation du renvoi dans les deux procédures est maintenant la même. Les arrêts récents de la jurisprudence administrative ont appliqué dans le contentieux administratif les principes dégagés par les juridictions judiciaires. La définition du renvoi pour suspicion légitime est, comme nous l'avons vu, la même dans les deux procédures. Au renvoi pour suspicion légitime, la Cour de cassation assimile, à juste raison, la demande de récusation de tous les membres d'un tribunal (85). Dans l'affaire Nemegyei (86), le Conseil d'Etat considère qu'une demande de récusation de tous les membres de la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre des Médecins constitue « en réalité, une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime ». Il s'aligne ainsi sur la position de la Cour de cassation.

La compétence pour connaître de la demande de renvoi appartient au tribunal supérieur à celui que la partie veut écarter (87). Ainsi, la demande devra être portée au juge d'appel, si le juge suspect de partialité est le juge de premier degré. De même, la Cour de cassation est jugée compétente en procédure civile pour connaître des demandes de renvoi concernant la juridiction d'appel (88). L'extension de cette jurisprudence à la matière administrative contentieuse ne fait aucun doute si la décision d'appel est susceptible de cassation. Mais la juridiction d'appel est le Conseil d'Etat ; il paraît difficile de l'admettre. Dans ce cas, en effet, l'organisation de la juridiction administrative interdit l'application de la règle de procédure civile, le Conseil d'Etat statuant en dernier ressort. La procédure de renvoi est inapplicable devant la Cour de cassation (89), celle-ci statuant en dernier ressort. Il doit en être de même pour le Conseil d'Etat, juge de cassation.

Le renvoi pour suspicion légitime est une procédure préventive. Il a pour but d'éviter qu'un jugement soit rendu par une juridiction dont on présume la partialité. Aussi doit-il être demandé avant que le juge normalement compétent soit saisi au fond.

La jurisprudence civile a estimé qu'il doit être admis au cas où des faits précis et sérieux laissent présumer la partialité des magis-

(85) Req., 24 novembre 1902, D.P. 1906.I.366. V. également Nancy, 18 janvier 1902, D.P. 1903.II.473, Paris, 20 juin 1953, D. 1954, Somm. 13 ; Paris, 27 mars 1954, D. 1954.J.443.

(86) 3 mai 1957, précité.

(87) Cass., 29 juillet 1807, cité dans « l'Encyclopédie Procédure civile et commerciale », Dalloz, V° Renvoi, n° 45. 8 janvier 1959, Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables précité.

(88) Civ., 2 juillet 1845, D.P. 1845.I.328 ; Req., 29 juillet 1885, D.P. 1886.I.311.

(89) Constitution du 22 frimaire An VIII, article 65.

trats (90). Le Conseil d'Etat se range à une position analogue (91). Quoi qu'il en soit, le juge compétent pour connaître de la demande de renvoi détermine souverainement s'il existe ou non une cause de renvoi. Le juge de cassation abandonne au juge saisi de la demande l'appréciation des circonstances invoquées comme entraînant la partialité (92).

Si la demande de renvoi est admise, l'affaire sera renvoyée devant un autre tribunal de la même catégorie (93).

375. — Le fait que le Conseil d'Etat ait accepté récemment de transposer dans le contentieux administratif la procédure de renvoi pour suspicion légitime, est particulièrement important. En effet, cette procédure, comme la Haute Assemblée l'avait elle-même remarqué en 1902, déroge de par sa nature même aux règles de compétence territoriale. Ce n'est pas une atténuation du caractère d'ordre public de ces règles qui a favorisé ce revirement de jurisprudence. Le législateur a, au contraire, affirmé, en 1953, le caractère d'ordre public de ces règles. Le revirement du Conseil d'Etat est certes une conséquence de la floraison de juridictions administratives spécialisées, composées de magistrats d'occasion. Il n'en est pas moins intéressant de noter qu'il s'est inspiré d'une institution reçue en procédure civile malgré la dérogation qu'elle entraîne à des règles qui, en procédure administrative contentieuse, ont un caractère d'ordre public.

## Section II

### Le pouvoir de statuer peut être attribué exceptionnellement à un juge privé.

376. — La juridiction publique a, en principe, priorité pour connaître d'un litige. En l'absence, donc, de prérogative expresse, le pouvoir de statuer lui sera normalement réservé. C'est dans son cadre que sont le mieux assurés les droits et intérêts des plaideurs. L'ensemble des garanties que procure la juridiction publique convient le mieux à la protection des parties. Il faut, en effet, percevoir avec netteté les difficultés qui surgissent, si l'on admet la saisine d'une personne autre que le juge public, si l'on admet le recours à l'arbitrage. Elles sont toutes la conséquence du fait que l'acte qui confère la compétence à

(90) Req., 4 juillet 1893 D.P. 1893.V.491 ; Req., 16 juillet 1924, D.H. 1924.534.

(91) 8 janvier 1959, précité : l'intéressé doit justifier que le tribunal compétent est suspect de partialité.

(92) Civ., 1er août 1877, D.P. 1877.I.428; Req., 29 novembre 1887, D.P. 1888.I.260; 8 janvier 1959, précité.

l'arbitre est une convention privée. Le pouvoir de statuer du juge ne provient pas de la loi, mais d'un acte privé.

Cet acte privé ne peut conférer compétence à un juge public — en dehors des dérogations que nous avons étudiées et qui sont exceptionnelles. Par hypothèse, le pouvoir de statuer va être conféré à un juge privé. Il en résulte que celui-ci va voir ses pouvoirs déterminés par les parties qui lui confèrent pouvoir de statuer. L'acte privé va avoir à déterminer non seulement l'objet du litige — ce qui est la règle pour toutes les demandes en justice — mais aussi, les pouvoirs du juge. Les parties risquent donc de se voir imposer des actes types de recours à l'arbitre qui ne les protégeront que de manière illusoire contre la puissance d'autres plaideurs.

Le juge privé ne doit donc pouvoir recevoir qu'exceptionnellement une investiture du pouvoir de statuer par la volonté des parties. Il est d'ailleurs des degrés de gravité dans cette investiture. Celle-ci peut être plus ou moins absolue. C'est-à-dire, plus ou moins dangereuse. La stipulation des parties à un contrat de recourir à l'arbitrage, si des contestations les opposent quant à ce contrat, présente les plus grands risques. Cette clause, dite compromissoire, se réfère à des litiges non encore nés. Les parties ne se rendent pas encore compte des aléas de l'abandon de la justice d'Etat, Si, au contraire, la convention, appelée dans ce cas compromis, est passée après la naissance des contestations, elle présente moins de dangers (94).

C'est ce qui a amené la jurisprudence à interpréter restrictivement les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage. Le Code prévoit, en effet, la validité du compromis, sous certaines conditions. Mais la jurisprudence n'a pas admis la validité de la clause compromissoire (95). Le Code de procédure exige, en effet, que l'acte qui investit le juge privé du pouvoir de statuer détermine l'objet du litige. Or, lorsque la contestation n'est pas encore née, on ne peut en désigner l'objet. Ce motif juridique, ajouté au danger que fait courir aux plaideurs la clause compromissoire, a amené l'interdiction de celle-ci.

Même lorsque le recours à l'arbitrage est autorisé, la loi a organisé un ensemble de mesures protectrices des parties. Le compromis constitue un acte de disposition. L'appréciation de la capacité de la personne qui s'engage est ainsi particulièrement stricte. Seules peuvent compromettre, les personnes qui ont la libre disposition des droits en litige (96). A cette limitation relative aux personnes s'ajoute une limitation des matières dans lesquelles il est possible de compromettre. Comme tout contrat, le compromis ne peut aller à l'encontre de l'ordre public. Mais il existe, en outre, un ordre public particulier à la matière

(94) ROBERT J., *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, 2e édition, 1955.

(95) Civ., 10 juillet 1843, S. 1943.I.562.

(96) Article 1003, C. proc. civ.

prévu par les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile. La plus importante de ces restrictions du domaine du compromis concerne les contestations sujettes à communication au ministère public (97). On a tiré de ces textes du Code de procédure civile, le principe de l'interdiction de compromettre pour les personnes publiques.

La juridiction administrative a, en effet, toujours considéré comme applicables devant elle les articles 1004 et 83 du Code de procédure civil (98). Or, l'article 1004 interdit de compromettre sur les contestations qui sont sujettes à communication au ministère public. L'article 83 place parmi ces contestations celles concernant l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics. Il en résulte que ces personnes publiques ne peuvent compromettre : c'est à cette « façade législative » (99) que le Conseil d'Etat s'est toujours référé pour interdire le compromis aux personnes publiques. Il ne s'agit que d'une façade législative parce que les dispositions du Code de procédure civile limitaient la prohibition aux affaires relevant de la compétence judiciaire (100). D'autre part, le Conseil d'Etat a appliqué l'interdiction à des personnes publiques que le Code de procédure civile ne prévoyait pas. Comme le remarque justement le Professeur J. Boulois (101), « cette argumentation exégétique sur laquelle se fonde encore la plus récente jurisprudence administrative ne paraît cependant pas suffisante pour expliquer une incapacité qui s'étend au-delà de la stricte énumération légale des personnes visées... ».

En réalité, comme l'a remarqué le commissaire du gouvernement, Gazier (102), il s'agit là d'un principe que le Conseil d'Etat applique sans texte. Il nous paraît que la raison essentielle de la solution donnée par le Conseil d'Etat est le principe selon lequel la juridiction étatique a compétence de principe. Cette compétence se justifie encore plus en matière administrative. Si le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire a conduit à soustraire les affaires administratives au juge de droit commun, il doit à plus forte raison s'opposer à la compétence d'un juge privé. C'était là sans nul doute le raisonnement suivi à l'époque de rédaction du Code de procédure

(97) V. cependant une interprétation restrictive de la notion d'ordre public : Paris, 15 juin 1956, D. 1957.J.587, note Robert.

(98) 24 juillet 1891, D.P. 1893.III.5 ; 27 mars 1893, compagnie des chemins de fer du Nord, de l'Est et autres, S. 1894.III.19, conclusions Romieu, D.P. 1893.III.33 ; 17 juillet 1896, Clouzard, Rec. 584 ; 22 janvier 1937, Debachy Rec. 93. V. sur ce point Auby J.M., « L'arbitrage en matière administrative, A.J. 1955.I.81 ; Boulouis J., *L'arbitrage en droit public français*, rapport présenté au Congrès de droit minier et pétrolier, Aix, 1958.

(99) Conclusions Gazier sur Assemblée, 13 décembre 1957, Société nationale de vente au surplus, D. 1958.J.517, note Lhuillier, R.P.D.A. 1958, p. 81, note Borella, Droit social, 1958, p. 89.

(100) V. sur ce point Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édition, 1896, t. II, p. 152.

(101) Rapport précité.

(102) Conclusions précitées.

civile (103). Il s'y ajoute aujourd'hui le « souci d'éviter que les collectivités publiques ne manifestent une fâcheuse désaffectation vis-à-vis de la justice d'Etat et en même temps négligent, dans la défense des intérêts publics qu'elles ont en charge, les garanties que seule cette justice comporte » (104). Pour cette raison, le Conseil d'Etat se refuse, en dehors de toute exception législative formelle, à admettre la validité d'un compromis passé par une personne publique. Il a récemment fait application de cette doctrine aux établissements publics industriels et commerciaux (105), malgré le régime particulier qui les caractérise (106).

La différence entre les personnes en cause en procédure administrative contentieuse et en procédure civile entraîne donc, à juste raison, l'interdiction de principe du recours au juge privé dans la première matière.

377. — Dans ce domaine du pouvoir de statuer, les deux procédures, bien qu'empruntant des distinctions logiques semblables, s'arrêtent à des positions souvent opposées. Cela tient essentiellement à la différence des personnes en cause dans les deux instances. L'intervention du justiciable public dans l'instance administrative interdit de recourir à la souplesse de la procédure civile pour le règles relatives au pouvoir de statuer. L'instance civile reconnaît aux parties des prérogatives qui, en procédure administrative contentieuse, leur sont retirées par la volonté du législateur. L'étude des pouvoirs dont le juge est investi pour statuer va nous permettre d'apercevoir d'autres conséquences de l'intervention des personnes publiques dans le procès administratif.

(103) En ce sens, V. Boulouis, rapport précité.
(104) Conclusions Gazier précitées.
(105) Assemblée, 13 décembre 1957 précité.
(106) V. notamment Mazeaud L. et Vedel G., « Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ? », *Cahiers de documentation juridique*, 1950, p. 224.

## CHAPITRE II

### *Les parties sont soumises aux pouvoirs dont est investi le juge pour statuer.*

378. — Une fois l'instance introduite, les pouvoirs du juge s'accentuent. Sa mission est de mettre un terme au litige qui oppose les parties. Il doit pour cela conduire l'instance à son terme. L'initiative des parties marque l'introduction de l'instance. Celle du juge en marque la solution. Il est donc normal que les parties soient soumises aux pouvoirs dont le juge dispose à cette fin. Ces pouvoirs peuvent être, il est vrai, plus ou moins étendus.

Si l'instance est considérée comme étant la chose des parties, si on estime que l'intérêt public n'est mêlé que de très loin à la procédure, on sera conduit à les restreindre, sans toutefois pouvoir les éliminer.

Si on estime, au contraire, que la solution de l'instance intéresse au plus haut point cet intérêt public, on accordera au magistrat les plus larges prérogatives dans la conduite de l'instance.

La première conception est retenue en procédure civile : devant le juge civil, la procédure est de type accusatoire.

La nature des litiges soumis au juge administratif amène à mettre l'accent sur la seconde idée : la procédure administrative contentieuse est de type inquisitorial. L'intervention accentuée du juge dans le contentieux administrative est motivée, comme nous le verrons, par des considérations propres à cette matière. On démontrera que même lorsque le juge civil se voit investir de nouveaux pouvoirs, ceux-ci ne

peuvent avoir la même signification qu'en procédure administrative contentieuse. Cette étude sera menée en distinguant deux séries de pouvoirs complémentaires dont le juge dispose : ceux destinés à assurer son information, à établir sa conviction et ceux qui lui permettent de donner à cette conviction une forme juridique obligatoire pour les parties.

## Section I

### Le juge dispose de pouvoirs pour établir sa conviction.

379. — Les difficultés que rencontre l'établissement de la conviction du juge ne sont pas les mêmes dans les deux procédures. En procédure administrative contentieuse, la même personne privée se trouve, en général, dans la position délicate de demandeur. Si on l'abandonne à son sort, si on lui laisse assumer le poids de la preuve, elle risque de succomber. Il est donc nécessaire de doter le juge des pouvoirs nécessaires pour combattre l'inertie de l'administration, plus généralement, pour remédier à l'inégalité fondamentale des personnes en cause. On ne sera pas alors autrement étonné de constater que le juge administratif est doté de pouvoirs beaucoup plus importants que le juge civil. Si des réformes récentes ont accordé à ce dernier des pouvoirs de type inquisitorial, on constatera qu'ils ne peuvent pas avoir le même sens que ceux dont le juge administratif est investi.

## Sous-Section I

### L'instruction constitue la phase procédurale fondamentale du déroulement de l'instance.

380. — Une phase particulière de l'instance a pour objet de mettre le litige en mesure d'être jugé. Elle a pour point de départ l'introduction de l'instance. Elle se termine par une mise en état définitive. En procédure civile, cette mise en état se réalise au moment où le juge chargé de suivre la procédure commence la lecture de son rapport (1). Cette mise en état définitive — qui est appelée clôture de l'instruction — s'effectue dans le contentieux administratif au moment où le commissaire du gouvernement commence ses conclusions. Aucun élément nouveau ne peut être apporté après cette mise en état défini-

(1) Article 342, C. proc. civ.

tive, si ce n'est de simples notes en délibéré (2). Tous les éléments destinés à asseoir la conviction du juge lui sont donc fournis. Comment l'instance parvient-elle à cette phase ? On pouvait, jusqu'en 1935, donner une réponse très simple : en procédure administrative contentieuse elle y arrive grâce à l'activité du juge (3) ; en procédure civile, elle y parvient à l'aide des initiatives des parties. Cette deuxième proposition n'est plus entièrement exacte depuis que de nombeux textes ont tenté de conférer au juge civil des pouvoirs de direction de l'instance (4). Elle reste cependant la ligne de démarcation essentielle des deux matières.

### § I. — L'INSTRUCTION DANS LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE.

Le juge dispose d'importants pouvoirs pour mettre l'instance en état d'être jugée. Il va diriger les communications entre les parties, demander à celles-ci des pièces et documents. Grâce au jeu des mises en demeure, il va avoir la possibilité de précipiter le cours de l'instance.

381. — 1° *Le juge dirige les communications.* — Dès qu'une requête parvient au greffe d'un tribunal administratif, elle est enregistrée. A partir de ce moment, l'instruction dépend du tribunal administratif siégeant en Chambre du Conseil, sur proposition du rapporteur. Au Conseil d'Etat, l'affaire introduire est attribuée à une sous-section. Le président de la sous-section ou du tribunal désigne alors un rapporteur. Ce rapporteur a, au sein de l'organisme de jugement, la responsabilité particulière de l'instruction. Il propose à cet organisme les mesures qui lui paraissent nécessaires pour mettre la cause en état d'être jugée. Il présente également un rapport à l'audience du tribunal.

La première des communications tend à avertir les parties adverses qu'une instance est formée contre elles. Devant le Conseil d'Etat, dans les affaires concernant les particuliers ou les personnes morales autres que l'Etat et nécessitant le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat, une ordonnance de soit-communiqué est rendue par le président de l'organisme saisi de la requête. Elle doit être signifiée par le demandeur

(2) 30 juin 1876, Veuve Chartier et sieur Adigard des Gautries c. Vallée, D.P. 1876.III.97 (sol. implicite) ; 1er avril 1869, Berneau c. département du Lot, D.P. 1870.III.41 (*a contrario*) ; 21 janvier 1948, Latreille de Lavarde, Rec., t. 662 ; Assemblée, 19 novembre 1955 Société des chaux et ciments Lafarge, Rec. 550 ; Section, 20 janvier 1956, Nègre, Rec. 24 ; 16 octobre 1957, Commune de Challes-les-Eaux, Rec. 537 ; Section, 13 juin 1958, Barbier, A.J. 1958.II.291. V. sur cet arrêt les conclusions Braibant, A.J. 1958.I.68 ; 8 janvier 1959, Chirpratis et Centre hospitalier du Mans, Rec. 19 A.J. 1959.II.96. V. également dans ce sens, ODENT, *Contentieux administratif*, 1957-58, p. 558.

(3) HAUSS, *L'introduction de l'instance et l'instruction*, Thèse, Strasbourg, 1959 (dactylographiée).

(4) SCHULER, *L'instruction des affaires civiles d'après le décret-loi du 30 octobre 1935*, Thèse, Paris, 1938.

avec la requête aux parties mentionnées dans cette requête (5). Lorsqu'il s'agit, au contraire, de matières dispensées du ministère d'avocat ou de matières où l'Etat est intéressé, la communication est effectuée directement par le Conseil d'Etat par la voie administrative. Devant les tribunaux administratifs, la communication est toujours effectuée directement par le Conseil d'Etat par la voie administrative. Devant les tribunaux administratifs, la communication est toujours effectuée directement par le Conseil d'Etat, soit par la voie administrative (6), soit, le plus souvent, par lettre recommandée (7) .

La mise en contact des parties ainsi effectuée, les parties adressent alors leurs mémoires au juge : mémoire ampliatif, mémoire en défense, mémoire en réplique, etc. Le juge doit donner communication aux parties adverses de ces différents mémoires ou les inviter à venir en prendre connaissance au greffe. Cette obligation n'existe que pour les mémoires apportant des éléments nouveaux (8). Elle n'est prévue que devant le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs. Cette communication donne ainsi au juge le pouvoir d'accélérer le cours de l'instance en amenant les parties à exprimer leurs opinions. Les pouvoirs de direction du juge sont accrus par la possibilité qui lui est reconnue de demander aux parties des pièces destinées à asseoir sa conviction.

Tous ces pouvoirs de direction du juge peuvent être sanctionnés par des déchéances frappant les droits des parties dans l'instance. Le juge peut, en effet, fixer des délais aux parties ou leur adresser des mises en demeure. Si les parties ne respectent pas ces injonctions du juge, celui-ci va pouvoir en tirer les conséquences.

382. — 2°) *Le pouvoir de direction du juge est assorti de sanctions.* — Les communications ordonnées ou demandées par le juge doivent être accomplies dans le délai fixé par lui. Le juge peut ainsi accélérer la procédure. En prescrivant aux parties de communiquer leurs mémoires dans un certain délai, en leur demandant de faire connaître leurs éléments de preuve avant une certaine date, le juge précipite le cours de l'instance. Ces délais, s'ils ne sont pas prévus par des textes, sont fixés par le juge de façon discrétionnaire (9). Il est vrai que ces délais

(5) Article 54 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.
(6) Article 7 de la loi du 22 juillet 1889.
(7) Article 6 du décret du 6 septembre 1926.
(8) V. *supra* p. 166.
(9) 10 mai 1957, Sous-Secrétaire d'Etat à la Marine Marchande c. Commune de Saint-Brévin-les-Pins. Rec. 306, A.J. 1957.II.247, conclusions Lasry. Le Conseil d'Etat estime dans cette affaire que le délai de vingt et un jours accordé au Ministre pour produire sa défense est suffisant (en matière de référé). Le Ministre avait produit un mémoire le 2 mai 1956. Le Tribunal avait statué le même jour. Aussi, le requérant prétendait-il que le Tribunal n'avait pas étudié ce mémoire. Le Conseil d'Etat répond à cela « que les allégations du Sous-Secrétaire d'Etat sur la brièveté du délai dont le président du Tribunal administratif a disposé pour étudier lesdites observations ne sont pas de la nature de celles qui peuvent être examinées par le Conseil d'Etat statuant au contentieux ».

n'entraînent déchéance que si le juge statue à leur expiration. Au contraire, tant que le jugement n'est pas intervenu, les parties peuvent produire, après leur expiration, leurs mémoires et éléments de preuve. La jurisprudence a même estimé qu'une disposition réglementaire autorisant une juridiction à statuer contradictoirement à l'expiration du délai ainsi assigné aux parties « ne saurait comporter de dérogation aux principes généraux du droit qui régissent le fonctionnement des juridictions... ». Elle autorise seulement le juge « à terminer l'instruction d'un recours et à y statuer sans attendre davantage la production des observations de l'intéressé et ne lui permet pas de tenir pour non avenu un mémoire déposé par un requérant après l'expiration du délai prévu mais avant la séance du jugement » (10). La sanction des délais fixés par le juge est donc imparfaite. Mais la prérogative d'adresser aux parties des mises en demeure, dont dispose le juge, permet d'assortir la fixation des délais d'une sanction plus directe.

Si le délai fixé par le juge n'est pas observé, le secrétaire du contentieux (11) adresse une mise en demeure à l'administration ou à la partie n'ayant pas observé le délai qui lui est imparti En cas de force majeure, un nouveau et dernier délai peut être accordé. Si la mise en demeure reste sans effet ou si le dernier délai assigné n'est pas observé, le juge statue. Dans ce cas, si c'est le demandeur qui n'a pas observé le délai, il est réputé s'être désisté ; si c'est la partie défenderesse, elle sera réputée avoir acquiescé aux faits exposés dans le recours (12). Les textes reconnaissant au juge le droit d'adresser aux parties des mises en demeure ne sont que l'application d'une principe plus large.

Le juge administratif, grâce aux pouvoirs d'instruction dont il est armé, peut toujours demander à une partie — il s'agit, en général, comme nous le verrons, de l'*administration* — certaines productions dans un délai déterminé. Si cette partie ne défère pas à la demande du juge, celui-ci peut toujours considérer comme exactes les prétentions de la partie adverse (13). *Le juge administratif* hésite de moins en moins à faire usage de tels pouvoirs. Il *exerce* ainsi *une direction effective de l'instruction, direction à laquelle les parties doivent se soumettre à peine, bien souvent, de perdre leur procès.*

### § II. — L'INSTRUCTION DANS LA PROCÉDURE CIVILE.

383. — Dans le système initial du Code de procédure civile, la marche procédurale de l'instruction dépendait uniquement des parties. Le juge attendait que les parties veuillent bien accomplir les actes néces-

(10) 4 juin 1947, X., Rec. 243 ; v. également, 8 juillet 1936, Nave, Rec. 755 ; 12 février 1958, Kouch, Rec. 95.

(11) ... ou le secrétaire-greffier du tribunal administratif.

(12) Article 56 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 ; article 9 de la loi du du 22 juillet 1889 (décret du 30 septembre 1953). V. *supra* p. 192.

(13) v. par ex. 17 octobre 1958, Ministre de l'Intérieur c. sieur Mottard, Rec. 490 ; v. également, 22 juillet 1936, Forges, Rec. 832.

saires pour amener l'instance à la phase de jugement. Ce principe de la passivité du juge s'était même renforcé dans la pratique. Le juge pouvait, en effet, imposer aux parties de recourir à la procédure d'instruction par écrit (14). Cette procédure se rapprochait beaucoup de la procédure administrative contentieuse, non seulement par son caractère écrit, mais également par l'existence d'un juge rapporteur et par l'obligation qui pesait sur les parties d'accomplir les actes de procédure dans les délais déterminés. Mais elle n'avait pas été employée en pratique. Elle était tombée en désuétude. Si bien que le décret-loi du 30 octobre 1935 abrogea une institution déjà morte. Ce même décret-loi marque cependant la volonté du législateur de donner au juge des pouvoirs de direction de l'instance sur des principes nouveaux. Ces idées nouvelles ont rencontré les mêmes hostilités dans la pratique. Aussi, le législateur a-t-il dû intervenir par deux fois, en 1944 et en 1958, pour renforcer les pouvoirs du juge. *Ces différentes réformes,* quel que soit leur objet, *n'ont pas atteint le principe de la direction de la procédure par les parties. Elles permettent simplement au juge de lutter contre les manœuvres dilatoires des parties.*

384. — 1°) *Les parties dirigent la procédure.* — Le demandeur saisit directement le défendeur de sa demande. Le juge n'intervient pas dans cette mise en contact des futurs plaideurs. Le demandeur va saisir le tribunal du procès par une mise au rôle — c'est-à-dire, par l'inscription des caractéristiques de l'affaire sur un registre tenu au greffe de la juridiction — lorsque le défendeur aura constitué avoué. Les parties vont alors échanger leurs premières conclusions et se communiquer les pièces qu'elles utiliseront. Ce n'est qu'après l'échange de ces divers actes entre parties que le jugement intervient. Après avoir convoqué les avoués et les avocats qui l'auront demandé, il renvoie l'affaire au président pour qu'elle prenne le tour de rôle et puisse venir à l'audeince (15). L'intervention du juge est ainsi très réduite dans la marche procédurale de l'instruction. Lorsque des incidents surgissent, tels que des mesures d'instruction, la même procédure se déroule, là aussi dirigée par les parties. C'est d'elles que procède l'initiative de la saisine du juge de l'incident ; elles seules peuvent permettre la reprise de l'instance principale.

Sans porter directement atteinte aux prérogatives des parties, le législateur a voulu tenir le juge informé du déroulement de l'affaire, afin qu'il puisse, si besoin est, précipiter la marche de l'instance (16).

385. — 2°) *Le juge est tenu informé de la procédure.* — Dès qu'une affaire est inscrite au rôle d'un tribunal, un dossier est ouvert dans lequel sont disposées et cotées par les soins du greffe, les pièces essentiel-

(14) Articles 93 à 115 anciens, C. proc. civ.

(15) Article 81, C. proc. civ.

(16) Clavel E., « L'évolution de la fonction du juge chargé de suivre la procédure », J.C.P. 1960.I.1553.

les de la procédure, en copies ou en originaux. Ce dossier permet à un juge, le juge chargé de la procédure, d'être à tout instant au courant de la marche de l'instance. Ce juge est désigné par les soins du président du tribunal à partir de la mise au rôle de l'affaire. Il doit contrôler la bonne marche du procès. Il veille à l'observation des délais, ou accorde des prorogations de délai. Il envoie au président, pour être jugées à une prochaine audience, les affaires par défaut, ainsi que celles présentant une urgence particulière ou comportant un débat restreint. Il renvoie l'affaire au président après l'échange des conclusions des parties. L'ensemble de ces pouvoirs le fait appaaître comme un régulateur de l'activité des parties. D'autres prérogatives marquent une autonomie plus profonde du juge chargé de la procédure.

Il peut ainsi, à tout moment, inviter les parties à comparaître devant lui en vue d'une tentative de conciliation. Il a également la possibilité de convoquer les avocats et celle de les entendre en leurs explications, s'ils renoncent à plaider à la barre. Il peut également statuer sur certaines exceptions et ordonner certaines mesures d'instruction. Mais les praticiens sont hostiles à ces mesures qui accélèreraient notablement les cours de l'instance, si elles étaient effectivement employées. Or, elles ne le sont que rarement.

386. — Le juge chargé de suivre la procédure est, dans son inspiration, imité du rapporteur dans la procédure administrative contentieuse — il doit, d'ailleurs, présenter un rapport à l'audience, autrefois écrit, aujourd'hui oral. Il reste cependant, en fait, uniquement un juge informé de la procédure. Les difficultés rencontrées à instaurer le principe de direction de la procédure par le juge viennent du fait qu'on a voulu, tout en accordant des pouvoirs au juge, maintenir également la direction de la procédure par les parties. Or, ces deux impératifs sont contradictoires. L'étude de la procédure administrative contentieuse nous l'a montré. Actuellement, donc, *le déroulement procédural de l'instruction est différent dans les deux matières.* L'étude du fond de l'instruction va nous permettre de déceler les raisons de cette opposition et ses limites exactes.

## Sous-section II

### L'instruction amène l'établissement de la conviction du juge.

387. — L'incidence des pouvoirs de direction du juge se retrouve au premier plan, dans les règles relatives à la preuve (17). La différence

(17) Perrot, *Encyclopédie procédure civile et commerciale,* V° Preuve ; Legeais R., *Les règles de preuve en droit civil, Permanence et transformation,* Thèse, Poitiers, 1950 ; Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative,* Thèse, Paris, 1950 (Pedone 1952).

de la terminologie employée dans les deux matières est particulièrement symptomatique à cet égard. En procédure civile, on parle plutôt de la preuve et de son administration. En procédure administrative contentieuse, il est toujours question de l'instruction. Ce dernier terme fait penser à la procédure criminelle ; procédure dans laquelle la recherche de la vérité appartient au juge. La diversité des termes employés est la conséquence des caractères différents des deux procédures : la procédure civile reste marquée par l'initiative des parties, la procédure administrative contentieuse, dirigée par le juge, abandonne à ce dernier la recherche de la vérité.

388. — Le principe de la neutralité (18) dans le domaine des preuves est considéré, en procédure civile, comme la conséquence de l'absence de pouvoir de direction du juge. Les auteurs (19) lui rattachent deux caractères fondamentaux du droit des preuves en matière civile. Les parties seules doivent rechercher et réunir les faits et actes qu'elles invoquent à l'appui de leurs prétentions respectives. Le juge civil « n'a aucun pouvoir d'investigation », il « joue le rôle d'un arbitre supérieur qui départage les plaideurs sans participer lui-même à la recherche des preuves ». Il en résulte, au dire de cette doctrine que, d'une part, le juge ne peut pas établir sa conviction à l'aide de renseignements dont il a acquis une connaissance personnelle et que, d'autre part, il ne peut demander aux parties la communication de documents ou actes, ordonner l'audition de témoins si les parties n'ont pas formulé de demande à cette fin.

On voit, sous cette présentation, le juste parallèle établi entre l'absence de pouvoirs du juge et le principe de la neutralité. Nous trouvons cependant dans cette doctrine une erreur qu'il nous faut dès à présent dénoncer, car elle vise la conception même de l'instance. En réalité, les auteurs ont entendu affirmer que, puisque le juge n'a pas le pouvoir d'aller au delà de la demande des parties, de statuer *infra* ou *ultra petita*, il ne peut instruire au delà de la demande des parties. Morel précise très clairement (20) « ce principe de la neutralité du juge apparaît, dans une certaine mesure, comme une conséquence de la règle que la détermination de l'objet du litige est exclusivement du ressort des parties... si le juge sortait de la neutralité qui lui est imposée à cet égard, il risquerait de modifier l'objet du litige... ».

Il est exact que la détermination de l'objet de l'instance appartient aux parties, que le juge est enfermé dans ce cadre. Mais si l'on suivait ces auteurs dans leur raisonnement, la reconnaissance d'un pouvoir autonome d'instruction au juge civil porterait atteinte à cette pré-

(18) André G., *Du principe de la neutralité du juge*, Thèse, Paris, 1910.

(19) Perrot, *op. cit.*, n° 55 ; Morel, « Traité élémentaire de procédure civile », 2e édition, Sirey 1949, p. 378, v. également Solus, « Le rôle du juge dans l'administration de la preuve ». *Travaux de l'association H. Capitant pour la culture juridique française*, 1949, p. 128.

(20) Morel, *op. cit.*, p. 379.

rogative des parties. Un tel pouvoir appartient incontestablement au juge administratif. Or, toute notre première partie démontre que le cadre de l'instance est également fixé par elles en procédure administrative contentieuse, Nous avons même vu que cette détermination était plus rigide en procédure administration contentieuse. Le cadre de l'instance s'impose au juge dans cette procédure. Les pouvoirs inquisitoires du juge dans le domaine des preuves n'atteignent pas pour autant la détermination du cadre de l'instance. Il est donc inexact de prétendre, comme l'ont fait les auteurs de procédure civile, que le principe de la neutralité du juge est une conséquence de la détermination du cadre de l'instance par les parties (21).

L'erreur des auteurs de procédure civile s'explique par la confusion des deux éléments de l'instance que toute notre étude s'attache à distinguer. L'instance mêle nécessairement les pouvoirs du juge et ceux des parties. Mais ces deux activités s'exercent en général sur des éléments différents.

Une marge d'intervention des parties existe nécessairement dans l'instance. Le litige est créé par les parties, il existe entre elles. Il est normal que ce soit leur rôle d'en déterminer l'objet.

Le juge est l'instrument prévu par la loi pour la solution de l'instance. Il est également normal qu'il apporte sa contribution dans la recherche de la vérité. Certes, cette contribution est moins étendue en procédure civile qu'en procédure administrative contentieuse. Il importe cependant de voir que, quelle que soit l'importance de la contribution du juge, elle n'atteint pas la fixation du cadre de l'instance. Celle-ci, nous l'avons vu, détermine les éléments fondamentaux, objet, cause et parties. L'intervention du juge ne détruit pas ce cadre. Même si le juge recherche des éléments de preuve chez des tiers à l'instance, il ne s'écarte pas du cadre de l'instance. Il ne pourra condamner ces tiers. La chose jugée ne les atteindra pas. Les éléments de preuve nouveaux que le juge peut retirer de ces recherches ont pour but la solution de l'instance dans le cadre fixé par les parties. Ils n'atteignent ni les éléments objectifs, ni même les éléments subjectifs de l'instance (22).

(21) Morel poussait cette théorie dans ses conséquences extrêmes. Il prétendait même qu'une réforme législative ne pouvait porter atteinte à ce principe de neutralité (*op. cit.*, p. 379). « En législation, il est certain qu'on ne peut conférer au juge civil un pouvoir d'investigation aussi étendu qu'au juge criminel ou même au juge administratif ; devant les tribunaux civils, ce sont, en effet, des intérêts privés qui sont en cause. »

(22) Des éléments de preuve nouveaux ne modifient pas le cadre de l'instance. Ainsi, les parties ne peuvent apporter de demandes nouvelles en appel (c'est-à-dire, des demandes modifiant le cadre de l'instance). Mais elles peuvent apporter dans cette instance dérivée des éléments de preuve nouveaux. V. en ce sens, les conclusions Fournier sur Section, 29 juin 1959, Syndicat algérien de l'Education surveillée C.F.T.C., Rec. 399, « Les demandes nouvelles sont interdites en appel. Mais les moyens nouveaux, à condition qu'ils reposent sur une cause juridique déjà utilisée en première instance, sont recevables. A plus forte raison en va-t-il de même pour *un élément de preuve nouveau* produit à l'appui d'un moyen déjà soulevé. » V. également, Civ., 12 juin 1850, D.P. 1850.I.194 ; Civ., 28 décembre 1944, Gaz. Pal. 1945.I.51.

389. — La seule justification du principe de la neutralité du juge, en procédure civile, reste donc l'absence de pouvoirs de direction du juge sur l'instance. Il n'existe donc que dans la mesure où des pouvoirs de direction de l'instance n'ont pas été conférés au juge. Une comparaison avec les principes retenus en matière administrative montrera le degré précis de l'autonomie de la procédure administrative. On examinera ensuite les conséquences des solutions retenues dans les deux matières sur la détermination de la charge de la preuve. On insistera enfin bièvement sur les différents modes de preuve que connaît chaque procédure.

### § I. — Les pouvoirs du juge dans le domaine des preuves.

390. — Le principe de la neutralité du juge est la conséquence du caractère accusatoire de la procédure civile. L'initiative du juge administratif dans le domaine des preuves provient du caractère inquisitorial de la procédure administrative. Mais, comme l'a justement noté le professeur Solus « s'en tenir purement et simplement à ce contraste entre la procédure accusatoire et la procédure inquisitoire pour résoudre en droit français le problème du rôle du juge dans l'administration de la preuve, serait donner de notre régime procédural une vue certainement inexacte (23). Il existe, en effet, une tendance à accroître les pouvoirs du juge en matière civile. On ne peut la méconnaître.

Quoi qu'il en soit du caractère inquisitorial ou accusatoire de la procédure, on montrera que tout dans le domaine des preuves ne dépend pas de ce caractère. Il y a des pouvoirs que les deux juges possèdent. D'autres qu'aucun d'entre eux ne détient.

Il nous paraît cependant nécessaire d'insister sur l'originalité de principe de la procédure administrative contentieuse dans ce domaine.

En effet, si la procédure civile peut s'accommoder d'un juge à pouvoirs inquisitoriaux, la procédure administrative contentieuse requiert de façon obligatoire ces pouvoirs d'inquisiteur. L'inégalité des pouvoirs des parties en cause, caractéristique de toute instance (24), est particulièrement marquée en matière administrative. L'administration détient les moyens de preuve dont le requérant a besoin. Ce dernier peut difficilement en obtenir connaissance. D'autre part, l'administration occupe, dans la plupart des cas, la position privilégiée de défendeur à l'instance. Le demandeur, sur lequel pèsent les charges essentielles de la preuve, se trouve donc être la personne la plus défavorisée. L'inter-

(23) Solus, rapport précité, p. 129.
(24) V. ci-dessus, Première Partie, titre I, chapitre I.

vention du juge, qui donne à la procédure son caractère inquisitorial, permet de rétablir l'égalité dans l'instance (25).

391. — 1°) *Ce que le juge ne peut faire en aucun cas dans les deux procédures.* — L'activité autonome du juge dans la recherche de la preuve risque de porter atteinte au caractère contradictoire de l'instance. Si le tribunal use de ses propres investigations sans en avoir communiqué le résultat aux parties, celles-ci ne seront pas à même de critiquer les mesures prises. Le caractère contradictoire de la procédure (26) existe parce que l'instance constitue une limite. Le juge ne peut, en principe, le transgresser.

392. — *En procédure civile*, il est admis que le juge ne peut, par son activité personnelle, transgresser le principe du contradictoire. Le juge ne peut fonder sa décision sur aucun document ou renseignement qui n'était connu de toutes les parties en cause ou qu'elles n'aient pu discuter. C'est pour cette raison (27) qu'il est interdit au juge de fonder sa décision sur des éléments de preuve recueillis au cours d'une instance différente, sans que les parties les aient versés contradictoirement aux débats (28). De même, les différentes mesures d'instruction ordonnées par le juge ou demandées par les parties doivent respecter le principe du contradictoire. Ainsi, toutes les opérations de l'expertise doivent se faire en présence des parties ou elles dûment appelées (29). Deux atténuations sont cependant apportées par la jurisprudence civile au principe du contradictoire.

Lorsque les opérations d'instruction ne peuvent, par leur nature, se dérouler en la présence des parties, il est admis qu'il peut être suppléé à l'absence des parties par d'autres moyens. Ainsi, un examen médical ne peut se dérouler en présence de la partie adverse (30). Le caractère contradictoire de l'expertise sera suffisamment assuré par la relation dans le rapport écrit de l'opération effectuée (31).

La violation du principe du contradictoire n'entraîne pas l'inefficacité totale de la mesure d'instruction. Une jurisprudence, absolument constante, admet ainsi que lorsqu'une expertise n'a pas été contradictoire, le tribunal peut, malgré son irrégularité, s'en servir à titre de

(25) Hamson C.J., déclare à ce propos (« Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration », L.G.D.J. 1958, p. 115), « J'avoue ne voir aucun inconvénient, mais au contraire, beaucoup d'avantages dans les pouvoirs d'un inquisiteur... lorsque de tels pouvoirs maniés par un tribunal aussi habile que le Conseil d'Etat sont dirigés contre l'autorité ministérielle et les bureaux de l'administration ».

(26) Première Partie, titre II, chapitre I.

(27) V. *contra* Perrot, *op. cit.*, n° 60.

(28) Req., 28 juillet 1896, D.P. 1897.I.148 ; Civ., 15 janvier 1941, D.A. 1941.83.

(29) Civ., 11 février 1902, D.P. 1902.I.159 ; Civ., 24 mai 1938, S. 1938.I.264.

(30) Req., 15 juin 1870, D.P. 1871.I.64.

(31) Req., 11 juin 1901, D.P. 1901.I.395.

renseignement (32). C'est là un assouplissement particulièrement important de la règle de la procédure contradictoire. La jurisprudence réintroduit, par ce moyen, un pouvoir d'appréciation du juge qui se rapproche de l'investigation personnelle.

393. — B. — *En procédure administrative contentieuse*, l'activité du juge doit également ne pas enfreindre le principe du contradictoire. En principe, devant les juridictions administratives, le juge n'est pas tenu de communiquer aux parties toutes les pièces sur lesquelles il fonde sa conviction. Il suffit que les parties soient toujours à même de prendre connaissance du dossier tel qu'il est constitué avant le jugement de l'affaire (33). Mais devant les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat, des textes particuliers (34) prévoient la nécessité de la communication. Quoi qu'il en soit, dans l'un comme dans l'autre de ces cas, le juge ne peut violer le principe du contradictoire. Un arrêt du 13 mars 1937 décide très clairement « qu'au nombre des règles générales qui s'imposent, même en l'absence d'un texte exprès, à toutes les juridictions administratives, figure celle d'après laquelle aucun document ne saurait être soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance (35). De même, si le tribunal s'est appuyé, pour statuer, sur une note produite par l'administration après la clôture des débats et dont le requérant n'a pas eu connaissance, il a violé le principe du contradictoire et son jugement doit être annulé (36). Le principe du contradictoire connaît cependant, en matière administrative, des assouplissements et des atteintes.

Le principal assouplissement peut être rapproché des solutions retenues en matière civile. Lorsque le caractère contradictoire est impossible à atteindre, la mesure en cause ne pouvant être accomplie en la présence des parties, il suffira de relater dans un rapport écrit le déroulement de la procédure. Ainsi, devant le Conseil supérieure de l'Education nationale, le caractère contradictoire de la procédure est assuré, non par l'obligation de n'entendre des témoins qu'en présence

(32) Civ., 5 août 1895, D.P. 1896.I.157 ; 7 décembre 1951, société « Distillerie, entrepôts et usines du Languedoc et de Province », Rec. 580.

(33) Section, 15 juillet 1959, Société d'approvisionnement de matériaux et d'exploitation des carrières, R.P.D.A. 1959, p. 140.

(34) Article 7 à 9, loi du 22 juillet 1889 ; articles 52 à 57, ordonnance du 31 juillet 1945.

(35) 13 mars 1937, Société de transbordement du port de Strasbourg, Rec. 310. V. dans le même sens, 22 mars 1860 Robasse, Wattringues du Pas-de-Calais (2 espèces), Rec., 245 ; 19 janvier 1894, Lhermitte, Rec. 57 ; 28 décembre 1894, Bureau, Rec. 733 ; 12 juin 1912, consorts Boucabeille, Rec. 657 ; 9 mai 1916, Société anonyme de la Sucrerie de Chalon-sur-Saône, Rec. 200 ; 27 octobre 1922, ville de Bordeaux, Rec. 767 ; 28 janvier 1937, Disch Vitus, Rec. 129 ; Assemblée, 30 janvier 1942, dame Veuve Digennard, Rec. 33 ; 6 février 1952, Soffroy, Rec., Tables 801 ; 10 mai 1952, sieur X., Rec. 250 ; Section, 7 décembre 1956, Bonnet, Rec. 466 ; 25 janvier 1957, compagnie des chemins de fer algériens, Rec. 62.

(36) Consorts Boucabeille, précité.

de l'intéressé ou de son avocat, mais par l'obligation de faire établir un rapport écrit sur tous les éléments d'information que cette juridiction recueille par elle-même ou par son rapporteur. Ce rapport doit être tenu à la disposition de l'intéressé ou de son conseil un jour franc avant le jour fixé pour la délibération (37).

Les atteintes apportées au principe du contradictoire sont de deux ordres. La première est la suppression pure et simple de toute instruction et, par conséquent, de tout caractère contradictoire. Devant le Conseil d'Etat, un texte prévoit, en effet, que lorsqu'il apparaît, au vu de la requête introductive d'instance, que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, la sous-section peut décider qu'il n'y a pas lieu à instruction (38). Le décret du 30 septembre 1953 a étendu cette disposition (39) aux tribunaux administratifs. Conseil d'Etat et tribunaux administratifs usent rarement de cette possibilité qui leur est offerte. Ils l'emploient lorsque la requête n'est pas motivée ou lorsqu'elle est portée devant une juridiction manifestement incompétente (40). La possibilité de supprimer l'instruction, bien que très significative sur l'étendue des pouvoirs du juge en procédure administrative contentieuse, reste une curiosité.

Ceci est moins exact pour les vérifications par voie administrative. Le Conseil d'Etat s'est toujours réservé la faculté d'ordonner des vérifications, « c'est-à-dire des constatations qui peuvent être demandées aux fonctionnaires compétents et qui ont plutôt un caractère administratif que contentieux » (41). Ces vérifications sont effectuées par l'administration (42). Elles n'ont pas le caractère contradictoire. Le Conseil d'Etat n'en fait qu'un usage exceptionnel. Le caractère contradictoire sera assuré *a posteriori* par la relation des mesures dans le rapport écrit sur l'instruction, que doit dresser toute juridiction.

394. — Le juge ne peut donc, dans les deux procédures, porter atteinte, par le biais de ses pouvoirs d'instruction, au caractère contradictoire de la procédure. Si des textes dérogent en procédure adminis-

(37) Section, 23 mars 1956, Louis, Rec. 136, D. 1957.J.149, note L.T.

(38) Article 52 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

(39) Article 8 Décret du 30 septembre 1953.

(40) V. par ex. 30 juillet 1949, Durel, Rec. 417, 12 février 1954, dame Lacoste, Rec. 98 ; 21 mars 1956, Secrétaire d'Etat aux affaires économiques, Rec. 134 ; 5 avril 1957, Association des anciens élèves de l'E.N.A., Rec. 245. V. sur ce point. ODENT R., *Contentieux administratif*, 1957-58, fascicule 11, p. 549.

(41) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édition, 1896, t. I, p. 337.

(42) 24 juin 1953, Baugès-Faurry. R.D.P. 1954, p. 212. L'état de l'instruction ne permettant pas de déterminer si les remous produits par des usines non déclarées se font sentir dans un bief, le Conseil d'Etat déclare qu'il sera avant-dire droit procédé, à la diligence du ministre de l'agriculture par un ingénieur du génie rural désigné par ledit ministre, à une vérification sur un point qu'il indique (v. GAZIER et LONG, « La procédure de vérification administrative dans le contentieux de l'excès de pouvoir », J.C.P. 1953.I.1132, n° 7). V. également, 30 juillet 1863, commune de Champline, Rec. 615 ; 27 juin 1884, de La Tombelle, Rec. 538.

trative contentieuse, dans des cas déterminés, à ce caractère contradictoire, ils n'atteignent pas le principe à raison de leur champ d'application limité et de l'usage exceptionnel qu'en fait le juge administratif. On peut donc affirmer avec le commissaire du gouvernement Grévisse que « le caractère contradictoire de la procédure peut être regardé comme d'ordre public » (43).

395. — 2°) *Ce que le juge peut faire dans les deux procédures.* — Malgré le principe de neutralité, le juge civil garde, à l'image du juge administratif, des pouvoirs autonomes dans la recherche des preuves. Il n'est pas entièrement soumis aux caprices des parties. La neutralité ne signifie pas pour autant la passivité. De plus, le juge peut, dans le domaine de la preuve, aller au delà de ce que les parties ont demandé. Nous verrons donc que, si le juge garde un pouvoir d'appréciation sur les preuves apportées ou demandées par les parties, il détient, en outre, le pouvoir d'ordonner d'office des mesures d'instruction.

396. — A. — *La recherche de la preuve n'appartient pas souverainement aux parties.* — Le pouvoir de contrôle du juge, sur la preuve que les parties prétendent apporter, est très étendu. Il examine non seulement le fait à prouver, mais également l'opportunité des mesures d'instruction demandées par les parties pour prouver ce fait.

*a*) *Le contrôle du fait à prouver.* — Le juge doit admettre que le demandeur prouve certains faits dans le cas seulement où il établit que leur preuve peut être de quelque utilité pour la solution du litige. Il ne doit pas se laisser enfermer dans une demande de preuve purement dilatoire. Le fait à prouver doit concerner le litige. Il doit lui être rattaché par un lien suffisamment étroit. Il faut, d'autre part, qu'il soit de nature, s'il est rétabli, à exercer une influence plus ou moins décisive sur le jugement du procès. Les juridictions civiles subordonnent à ces conditions l'offre de preuve. Le Code de procédure civile ne prévoyait à l'origine cette exigence que pour l'enquête (44). Mais cette solution a été généralisée à toutes les mesures d'instruction. Le juge administratif exerce le même contrôle dans les instances qui lui sont soumises (45). C'est ainsi que le tribunal administratif doit rejeter une demande à fin d'enquête s'il reconnaît que les faits dont le plaideur offre de faire la preuve sont indifférents à l'issue du procès (46).

(43) Conclusions Grévisse sur Assemblée, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la Guerre c. Coulon, R.D.P. 1955, p. 995 ;A.J. 1955.II.181, chr. Long ; D. 1955.J.555, note de Soto et Léauté.

(44) Article 254 ancien.

(45) Req., 14 février 1876, D.P. 1876.I.280 ; Req., 3 mars 1890, D.P. 1897.I.276 ; Civ., 9 janvier 1900, D.P. 1904.I.605 ; Civ., 29 décembre 1925, S. 1926.I.78 ; Civ., 17 juin 1953, D. 1953.J.211, J.C.P. 1953.II.7822, note Savatier.

(46) 7 janvier 1869, Elections d'Istres, Rec. 25 ; 21 janvier 1881, Elections de Sens, Rec. 91. V. dans ce sens, Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, 1891, p. 218 ; Pactet, *op. cit.*, p. 122.

*b*) *Le contrôle de la mesure d'instruction.* — Le juge possède le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures d'instruction qui lui sont demandées. Il n'est pas tenu d'ordonner d'office les enquêtes, expertises ou autres mesures de vérification à la requête des parties. Ce pouvoir du juge s'explique de la même manière que celui concernant le fait à prouver. La procédure des preuves ne doit pas être un moyen purement dilatoire à la disposition de parties qui cherchent à retarder la solution du procès. Si la conviction du juge est d'ores et déjà faite eu égard aux éléments de preuve déjà fournis, il lui appartiendra de refuser souverainement les mesures qui lui sont demandées.

Le Code de procédure civile dispose, par exemple, pour l'expertise, dans son article 302 : « Lorsqu'il y aura lieu à expertise... ». Il réserve ainsi expressément le pouvoir d'appréciation du juge. Une jurisprudence absolument constante décide que les juges peuvent rejeter une demande d'expertise s'ils estiment qu'ils ont dans les documents qui leur sont produits des éléments suffisants d'appréciation (47). Il en va de même pour toutes les autres mesures d'instruction. Elles ne sont jamais de droit (48).

Les juridictions administratives exercent le même contrôle sur l'opportunité des mesures d'instruction. Le Conseil d'Etat décide, de manière constante, qu'il n'y a pas lieu de prescrire une expertise si les faits certains qui ressortent des pièces du dossier permettent de se prononcer en pleine connaissance de cause sur le fond du litige (49). La juridiction administrative avait même admis le maintien du principe du contrôle du juge dans le cas où la loi paraissait l'interdire. La loi du 22 juillet 1889 (50) disposait, en effet, que l'expertise était obligatoire pour le tribunal en matière de travaux publics. Le Conseil d'Etat n'en avait pas moins décidé que le tribunal pouvait, par jugement spécial, se refuser à l'ordonner s'il lui apparaissait qu'elle présentait un caractère frustratoire (51). Le décret du 10 avril 1959 a consacré cette jurisprudence en supprimant ce cas d'expertise obligatoire (52). Le pouvoir du juge d'apprécier l'opportunité des mesures d'instruction apparaît bien ainsi comme inhérent à la notion même de contrôle juridictionnel.

(47) Civ., 5 février 1890, D.P. 1890.I.399 ; Req., 22 février 1911, D.P. 1913.I.360 ; Civ., 24 mars 1950, D. 1950.J.398.

(48) V. par ex. pour l'enquête, Civ., 29 décembre 1909, D.P. 1911.I.315 ; Civ., 30 novembre 1951, Bull. civ. 1951.III.546.

(49) 22 juillet 1936, Département du Nord c. Huyghe, Rec. 844 ; 27 octobre 1937, Troquet, Rec. 871. V. dans le même sens, pour les autres mesures d'instruction, 18 décembre 1935, consorts Hélie, Rec. 1210.

(50) Article 13 de la loi du 22 juillet 1889.

(51) 16 juin 1943, Société des cafés et brasseries, Rec. 154.

(52) Le professeur Waline avait justement remarqué à ce propos (observations sur le rapport précité du professeur H. Solus, *op. cit.*, p. 150) que si dans la procédure accusatoire le juge n'était jamais obligé d'ordonner une expertise, il était remarquable que dans la procédure de type inquisitoire en vigueur devant les juridictions administratives, le juge soit quelquefois obligé de recourir à l'expertise.

Il est extrêmement intéressant de constater dans ces domaines l'unité des deux procédures. Elle montre que la neutralité du juge dans la procédure civile de type accusatoire ne va pas jusqu'à lui interdire de couper court aux initiatives des parties dans le domaine des preuves. Nous allons constater que le juge a, en plus de ce pouvoir négatif, un pouvoir positif.

397. — B. — *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office des mesures d'instruction.* — Le tribunal peut, dans les deux procédures, ordonner des mesures d'instruction en dehors de toute demande des parties. Cette prérogative n'est pas tellement extraordinaire en procédure administrative contentieuse. Le juge, tout en restant dans le cadre de la demande des parties, s'informe. Ce pouvoir est inhérent à la qualité même du juge administratif. Mais en procédure civile, il ne laisse pas d'étonner. Cette initiative du juge montre que le principe de la neutralité du juge n'est pas absolu. Le professeur Solus (53) a, avec force, insisté sur les conséquences de ce pouvoir autonome du juge. « C'est là, on en conviendra, une importante prérogative. En décidant de son propre chef, sans avoir été requis par l'une ou l'autre des parties, de faire entendre des témoins, de recourir à une recherche, ou à un examen de caractère technique, d'interroger lui-même les parties en leur posant des questions sur des points qui ne relèvent pas d'un articulat émanant des plaideurs eux-mêmes, le tribunal sort évidemment du rôle passif dans lequel on dit volontiers que le confinent les principes traditionnels de la procédure ».

Le juge exerce donc, dans les deux procédures, des pouvoirs dans le domaine des preuves qui paraissent inhérents à sa qualité même. Ils ne dépendent en aucune mesure du caractère inquisitoire ou accusatoire de la procédure (54). Aussi, le principe de la neutralité du juge en matière civile ne peut-il aller à l'encontre de ces prérogatives ordinaires de toute juridiction.

398. — 3°) *Certains pouvoirs du juge dépendent du caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure.* — Il est d'autres pouvoirs qu'on ne peut conférer au juge sans bouleverser les caractères fondamentaux de la procédure. Les différentes prérogatives étudiées sont une marque de l'autonomie de l'activité du juge par rapport à celle des parties. Elles sont cependant, pour la plupart, extrêmement limitées. Le juge se borne à ordonner une mesure sans prétendre que son résultat favorisera ou défavorisera certaines parties.

D'autres formes de son activité sont plus marquées. Elles tendent, dans leur principe même, à rétablir l'égalité entre les parties, égalité faussée par le jeu de certains principes du droit des preuves — no-

(53) Rapport précité, p. 133.

(54) Contrairement à ce que prétend M. Pactet, *op. cit.*, p. 94 *b*, L'instruction proprement dite.

tamment, celui qui met la preuve à la charge du demandeur (55). On ne peut plus considérer cette forme d'activité du juge comme inhérente à sa qualité même. Elle dépend du caractère inquisitoire ou accusatoire de la procédure. Dans la mesure où la procédure civile confère au juge de telles prérogatives, nous estimons qu'elle abandonne par là même le caractère accusatoire.

399. — *En procédure administrative contentieuse*, le juge administratif détient le pouvoir, pour assurer sa conviction, d'exiger des parties tous les renseignements qu'il estime utiles. Il peut requérir des personnes privées aussi bien que de l'administration qu'elles produisent telle pièce ou tel document. Devant le refus d'une telle production, le juge tirera le plus souvent des conséquences défavorables à la thèse de la personne qui n'a pas déféré à la demande de communication.

Cette procédure est particulièrement caractéristique lorsqu'elle vise l'administration par le moyen de ses pouvoirs de type inquisitorial. Le juge oblige les personnes publiques à découvrir les mobiles de leur action. Il permet ainsi, comme nous le verrons, de rétablir l'égalité entre les parties dans le domaine de la preuve. Il suffira ici de citer un exemple de cette intervention du juge. Le Conseil d'Etat a estimé, le 24 juillet 1907, que lorsqu'un fait est douteux et que les pièces permettant de lever le doute ont été égarées par la faute de l'administration, le doute doit profiter à l'autre partie (56).

L'intervention du juge est donc particulièrement adaptée à la personnalité des parties dans la procédure administrative contentieuse. Seul le caractère inquisitorial de la procédure permet au juge de connaître des pièces et des éléments de l'affaire dont la partie adverse ne peut pas avoir communication (57). Mais ce qui marque le plus l'initiative du juge d'un caractère inquisitoire, ce n'est pas tellement ce pouvoir de demander la communication de renseignements de tous ordres, mais la sanction qui donne à cette prérogative toute son efficacité. Le pouvoir de considérer comme établies les prétentions de la partie adverse, si la partie à laquelle le renseignement est demandé use de la force d'inertie, fait du juge l'un des personnages les plus actifs dans la recherche de la preuve (58).

400. — Le principe qui anime la procédure civile est rigoureusement opposé à celui retenu dans le contentieux administratif. Le juge ne peut pas, en général, s'immiscer dans la recherche de la preuve

(55) V. sur ce point, CHEVALIER J., « La charge de la preuve », *Cours de droit civil approfondi* 1958-59.

(56) 24 juillet 1907, Fournier et Marmay, Rec. 707.

(57) SOUBEYROL J., « La communication des documents administratifs aux administrés », A.J. 1958.I.43.

(58) V. sur ce point les conclusions Letourneur sur Assemblée, 28 mai 1954, Barel, Rec. 308, R.D.P. 1954, p. 509, note Waline, R.P.D.A. 1954, p. 149, note Eisenmann, Rev. Adm. 1954, p. 393, note Liet-Veaux, v. également sous cet arrêt les notes Mathiot, S. 1954.III.97, Morange, D. 1954.J.594, Long, A.J. 1954.II.396.

en usant de prérogatives d'investigation à l'égard de l'une ou l'autre des parties à l'instance (59). La jurisprudence n'a pu, cependant, s'en tenir à une conception stricte de ce principe. Elle a été obligée d'admettre des dérogations de plus en plus fréquentes au principe de la neutralité du juge, sans jamais cependant s'aligner sur les solutions de la procédure administrative contentieuse.

Elle a ainsi reconnu la possibilité pour les juges d' « ordonner la production de certaines pièces qui ne sont ni signifiées, ni employées... » (60). Mais l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 juin 1879 atténue la portée de cette affirmation générale. Il précise que les juges « ne doivent user de ce moyen qu'avec réserve et lorsqu'il leur paraît autorisé par des motifs sérieux ». Cette intervention du juge, du même type que celle retenue en procédure administrative contentieuse, s'applique cependant rarement en procédure civile.

Des pouvoirs de nature inquisitoriale sont nettement reconnus au juge par des textes récents. Ainsi, la loi du 23 mai 1942 a modifié la matière de l'interrogatoire sur faits et articles qu'elle a remplacé par la comparution personnelle et l'interrogatoire des parties (61). Le juge peut ordonner d'office la comparution personnelle comme toutes les mesures d'instruction. Mais il a également la possibilité de diriger l'interrogatoire et de poser des questions aux parties sans se voir imposer par celles-ci un questionnaire. De plus, « si l'une des parties ne comparaît pas, ou, comparaissant, refuse de répondre, le tribunal peut en tirer toutes conséquences de droit et, notamment, faire état de l'absence ou du refus de répondre comme équivalent à un commencement de preuve par écrit... » (62). C'est là un pouvoir de contrainte reconnu au juge qui se rapproche très nettement des solutions retenues en matière administrative. La nouvelle réglementation de l'enquête donne également au juge des pouvoirs de nature inquisitoriale. Désormais, le tribunal ou le magistrat devant lequel l'enquête a lieu pourra interpeller les témoins sur tous faits dont la preuve est admise par la loi, alors même que ces faits ne seraient pas indiqués dans la décision indiquant

(59) Bartin affirmait notamment (cité par Solus, *op. cit.*, p. 135) « que si l'on permettait au juge d'introduire, de sa propre autorité, dans le débat des éléments de preuve qui y seraient jusque-là restés étrangers, il pourrait arriver (puisque ces éléments de preuve seraient par là même devenus communs aux parties, que la prétention de celle des parties à laquelle ces éléments de preuve nouveaux seraient opposés, en fût par elle-même modifiée et transformée au détriment de l'autre : l'étendue et l'objet du débat se trouveraient changés en conséquence de l'intervention personnelle du juge ; et rien ne serait plus contraire à la nature de sa mission ». Nous avons déjà critiqué dans l'introduction de cette sous-section cette forme de confusion entre les deux éléments que comporte l'instance.

(60) Req., 17 juin 1879, S. 1881.I.116. V. également, Civ., 16 mars 1921, Gaz. Pal. 1921.I.530.

(61) Articles 324 à 336, C. proc. civ.

(62) Article 336 C. proc. civ.

l'enquête. Il pourra également convoquer toute personne dont l'audition lui paraîtrait utile à la manifestation de la vérité (63).

La procédure civile connaît donc de plus en plus d'atteintes au principe de la neutralité du juge. Celui-ci n'a pas seulement, dans la recherche des preuves, des pouvoirs autonomes, mais également, des pouvoirs indépendants. La procédure civile s'imprègne de plus en plus des procédés inquisitoriaux que pratique depuis longtemps la procédure administrative contentieuse.

401. — Nous avons ainsi délimité les conséquences précises des principes retenus dans chaque procédure. Nous avons vu qu'ils n'expliquent pas toutes les règles de procédures concernant la preuve. L'étude de pouvoirs reconnus ou enlevés au juge dans les deux matières nous a permis de constater qu'ils ne relèvent pas du principe de la neutralité du juge ou du caractère inquisitorial de la procédure. Seule l'intervention concrète du juge dans les rapports des parties en ce qui concerne la preuve est la conséquence de l'un ou l'autre de ces principes. Nous allons, à présent, examiner dans quelle mesure l'intervention du juge a une conséquence sur la charge de la preuve.

## § II. — La charge de la preuve et l'intervention du juge.

402. — Les parties doivent supporter, quel que soit le type de procédure suivie, une partie de la charge de la preuve. Ce sont elles, en effet, qui ont porté leur litige devant les tribunaux. Leur initiative de l'instance est également une charge en ce sens que si elles veulent obtenir un jugement qui protège leur situation, il faut encore qu'elles puissent fournir au juge des éléments de conviction suffisants. C'est-à-dire que les parties doivent mettre le juge à même d'exercer son activité juridictionnelle.

403. — Ceci introduit immédiatement un allègement de la charge qui pèse sur les plaideurs. Ils aident le juge à accomplir sa mission. On ne peut leur demander de se substituer à lui. Ils doivent uniquement situer la question litigieuse qui les oppose sur le plan des faits. Ils mettent en lumière leur situation particulière devant le juge qui connaît le droit. La charge de la preuve ne porte donc pas sur les éléments de droit. Le droit doit, certes, être adapté au cas concret. Mais il est potentiellement applicable à tous les litiges du même ordre. C'est là par excellence le domaine d'application de l'activité du juge. La loi n'a pas à être prouvée.

Les parties doivent apporter des preuves uniquement sur le terrain des faits. Mais entre ces plaideurs, quel est le principal répon-

(63) Article 264 C. proc. civ. (modifié par le décret du 22 décembre 1958).

dant de la charge de la preuve, le demandeur ou le défendeur ? Il est, à cet égard, un principe constant dont il faudra examiner la signification exacte : la charge de la preuve incombe au demandeur. *Actori incumbit probatio.*

404. — La justification de cette règle se trouve dans le pouvoir d'initiative du demandeur. L'instance est la conséquence de l'activité du demandeur. Le défendeur se trouve devant le juge par le fait du demandeur. La personne qui émet une prétention en justice, pour la voir satisfaite, doit fournir la preuve. Elle prend en effet l'initiative de demander le bouleversement ou la modification de l'état de choses existant avant le procès. L'instance vise à modifier cet état de choses, elle s'oppose à la stabilité des situations. La prétention du demandeur ne doit donc être sanctionnée par la justice que dans la mesure où elle a été établie par lui (64). Dire que la charge de la preuve appartient au demandeur ne signifie pas nécessairement qu'il doive, en personne, apporter toute la preuve. Dans la mesure où les parties adverses allèguent certains faits, il leur appartient de les prouver. La seule conséquence de la règle *actori incumbit probatio* est d'amener le rejet de la prétention du demandeur si celle-ci ne paraît pas suffisamment établie. « Comme le juge est dans l'obligation de statuer, il faut bien désigner à l'avance celui qui subira ce que l'on peut appeler le risque de la preuve et qui succombera si les faits restent irrémédiablement douteux » (65). La règle en question ne fait pas peser toute la preuve sur le demandeur, mais seulement le risque de l'absence ou de l'insuffisance d'éléments de nature à établir la conviction du juge.

(64) Le professeur Chevalier a soutenu (*op. cit.*, p. 194) que « le risque de la preuve ne se trouve pas lié à l'initative puisque la preuve se déplace de l'un à l'autre plaideur suivant la nature du fait à prouver et suivant que ce fait donne ouverture à une demande, à une exception, à une réplique et ainsi de suite de telle manière que le fardeau de la preuve passe alternativement par le jeu des demandes, exceptions et ainsi de suite, sur le demandeur et sur le défendeur ». A son avis, ce n'est pas l'initiative du demandeur qui justifie la règle « actori incumbit probatio », mais la présomption ante-judiciaire. « Cette présomption est qu'il y a un ordre de choses normal et régulier qui sans doute peut être écarté par l'effet de circonstances exceptionnelles, mais il appartient à celui qui invoque ces circonstances de les établir. » Nous pensons cependant que cette dissociation ne rend pas compte de la réalité. Comment ne pas percevoir que cette présomption pèse sur le demandeur parce qu'il a l'initiative de l'instance. Le but du demandeur est nécessairement de modifier dans un sens ou dans l'autre la situation antérieure à l'instance. Son initiative (qui le fait considérer comme demandeur), le place en adversaire des situations acquises. C'est parce qu'il a l'initiative de l'instance qu'il tend au renversement de la présomption dont parle le professeur Chevalier. Celui-ci reconnaît d'ailleurs implicitement le bien-fondé de notre critique lorsqu'il affirme (*op. cit.*, p. 198) que « la règle « actori incumbit probatio » se rapproche également de la règle qui attribue compétence au tribunal du domicile du défendeur. L'une et l'autre imposent les risques et désagréments de l'instance à celui qui en prend l'initiative afin de protéger autant que possible les citoyens paisibles contre les actions vexatoires ou abusives ». La charge de la preuve est bien le produit de l'initiative.

(65) *Op. cit.*, p. 193.

Il est donc normal que d'autres personnes contribuent à la recherche de la vérité. La collaboration des parties adverses du demandeur à cette recherche n'est pas étonnante. Si celles-ci invoquent — au lieu de se contenter de nier les preuves apportées par le demandeur — des faits positifs ou négatifs à l'encontre de la prétention objet du litige : elles sont tenues de les établir. L'intervention la plus intéressante dans ce domaine de la preuve est celle du juge. Dans quelle mesure le juge collabore-t-il effectivement à la recherche de la vérité ? Dans quelle mesure également intervient-il dans les rapports respectifs des parties pour atténuer le fardeau de la preuve qui pèse sur le demandeur ? Les deux procédures doivent être comparées en ce domaine pour discerner les différences dans l'activité du juge à raison de la personnalité des parties à l'instance.

405. — 1° *En procédure administrative contentieuse.* — Une personne privée est le plus souvent demanderesse dans les instances devant le juge administratif. Pour elle, apporter la preuve est une opération très difficile. L'inégalité des pouvoirs en cause a pour conséquence que, la personne publique qui détient les moyens d'information, sera dispensée du fardeau de la preuve si on transpose dans le contentieux administratif la règle *actori incumbit probatio.* L'inégalité des parties sera ainsi accentuée. En réalité, le problème se pose en des termes différents selon le contentieux envisagé.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la personne privée n'a pas, en général, de relations avec l'administration antérieurement à l'acte attaqué (66). Sur le plan de la preuve, elle est un tiers à l'acte. Elle n'a pas participé à son élaboration même si l'acte a été pris sur sa demande. Il lui est donc extrêmement difficile d'apporter une preuve de l'illégalité commise par l'administration. Les seuls éléments que le plaideur peut recueillir résultent de l'activité externe de l'administration. L'attitude interne des personnes publiques ne pourra être découverte devant le juge que par le recours à des allégations non démontrées, à une sorte de raisonnement intuitif. L'indigence d'une telle preuve est sensible dans tout le domaine de l'excès de pouvoir. Elle est néanmoins remarquable lorsque le demandeur allègue le détournement de pouvoir. Il s'agit, en effet, dans ce cas, d'établir l'illicéité du mobile psychologique qui a guidé l'auteur de l'acte administratif attaqué. Or, comme le remarque le Professeur J. Lemasurier (67), « comment connaître le but poursuivi par l'auteur de l'acte attaqué sans s'adresser à l'auteur lui-même, ou du moins au service

(66) V. ci-dessus, pp. 253 et 254.

(67) LEMASURIER J., « La preuve dans le détournement de pouvoir ». R.D.P. 1959, p. 36 (spécialement, p. 47). Cette insuffisance de la preuve externe est particulièrement sensible dans le contentieux du détournement de pouvoir. Elle ne nous paraît pas particulière à ce moyen. Une preuve externe à l'encontre de la personne publique dont l'acte ne traduit pas toute l'activité est notoirement insuffisante.

administratif compétent ». La preuve complète ne peut ressortir que d'un examen interne de la personne publique dont l'acte émane.

Cet examen peut difficilement être le fait du demandeur dans l'instance pour excès de pouvoir. Il n'existe en principe aucune relation dans ce contentieux entre le demandeur et l'administration. L'excès de pouvoir ne connaît pas la notion de partie. Certes, cet axiome est particulièrement atténué dans le domaine de la preuve. Les observations en réponse de l'administration tendent bien à détruire les preuves du requérant. Mais cette intervention de l'administration n'a pas été exploitée au bénéfice du demandeur. Il n'en est résulté pour lui aucun droit *personnel* à demander des renseignements à l'administration.

Le problème de la preuve pour le demandeur en excès de pouvoir reste donc entier si on l'examine en dehors de l'intervention du juge.

Dans le plein contentieux, la situation n'est pas exactement la même. Des relations antérieures à l'acte attaqué entre l'administration et le requérant ont créé entre eux des liens qui vont faciliter la preuve. Le demandeur tirera de ces relations des preuves à l'appui de son recours qui ne seront pas purement externes. Elles seront souvent tirées de l'activité de l'administration antérieure à la naissance du contentieux. Cette situation n'est d'ailleurs pas particulière au plein contentieux. Il existe, en excès de pouvoir, un domaine où le requérant ne se trouvera pas entièrement démuni de moyens de preuve. C'est celui des sanctions infligées par l'administration. Les personnes publiques se sont vu imposer le respect des droits de la défense. Or, parmi ces droits figure de manière incontestée celui selon lequel l'administration doit communiquer à la personne qui va être l'objet de la sanction — selon des modalités précisées par la jurisprudence — les griefs formulés à son encontre (68). Si le requérant se décide à introduire une instance juridictionnelle ayant pour objet l'annulation de la mesure qui le frappe, il bénéficiera, pour satisfaire la règle de la charge de la preuve, de l'ensemble des éléments dont il aura ainsi pu avoir connaissance.

L'intervention du juge en matière de preuve ne doit donc pas être de la même ampleur dans tous les domaines. Il doit favoriser le requérant en excès de pouvoir, l'aider dans la recherche de la preuve. Son intervention doit rester plus exceptionnelle en plein contentieux. Il ne fait cependant nul doute que le juge administratif ait le pouvoir de porter remède à l'iniquité de la règle qui impose la charge de la preuve au requérant. Règle qu'il s'est empressé d'introduire dans la procédure administrative contentieuse.

406. — A. *La charge de la preuve pèse sur le demandeur.* — Le Conseil d'Etat n'a jamais déclaré expressément que la charge de la preuve appartient au demandeur. Les formules des arrêts, quelle que soit leur ambiguité, ne laissent cependant pas de doute sur ce point.

(68) ODENT, « Les droits de la défense », E.D.C.E. 1953, p. 55 (spécialement, p. 64).

Le demandeur doit, en principe, apporter la preuve de ses allégations. La formule que le Conseil d'Etat emploie dans les cas où il rejette la requête pour insuffisance de preuve est particulièrement significative. Il note que « le requérant n'établit pas que... » (69). Mais cette formule n'est employée par le Conseil d'Etat que lorsque le requérant ne présente manifestement aucune preuve valable à l'appui de son recours. Elle signifie qu'au cas où une preuve suffisante n'est pas apportée, le requérant verra rejeter sa prétention. Il subit les risques de la preuve.

Mais la formule utilisée dans ces espèces par la Haute Assemblée doit donc être combinée avec les pouvoirs d'instruction qui appartiennent au juge administratif. Dès que le requérant invoque des preuves suffisamment précises à l'appui de son recours sans cependant fournir *la* preuve, le juge administratif va user de ses pouvoirs d'instruction pour rechercher la vérité. Il n'appartient d'ailleurs pas au juge d'user ou non arbitrairement de ces pouvoirs. Une obligation de satisfaire sa mission lui incombe. C'est ce qu'ont précisé des décisions récentes. Ainsi, un sieur Mottard avait soutenu devant le tribunal administratif que la sanction dont il avait été l'objet reposait sur des faits matériellement inexacts. Il faisait état, à l'appui de cette allégation, d'attestations produites par lui. Dans les observations qu'il avait présentées à la suite de la communication de la demande du sieur Mottard, le ministre de l'Intérieur contestait la valeur probante des attestations du sieur Mottard en invoquant d'autres éléments d'information. Le Conseil d'Etat remarque dans une décision du 17 octobre 1958 (70) « qu'en présence de ces prétentions contraires, *il appartenait au tribunal administratif d'exiger* (71) de l'administration la production de tous documents susceptibles de déterminer la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations du demandeur ». Une décision du 26 juin 1959 (72) est encore plus explicite. Le Conseil d'Etat juge dans cette espèce que si le tribunal administratif estimait insuffisantes les justifications produites par le requérant, il lui appartenait de demander au requérant de compléter son information sur ce point : « en s'abstenant d'ordonner une telle mesure d'instruction avant de se prononcer sur la recevabilité de la demande, le tribunal administratif d'Alger a méconnu les obligations qui s'imposent à la juridiction administrative dans la conduite de l'instruction des affaires dont elle est saisie ».

(69) V. par ex. 24 mars 1950, Lasalle, Rec. 189. « Considérant que le sieur Lassalle n'établit pas que l'arrêté attaqué ait été pris pour une fin étrangère à l'intérêt public, que dans ces conditions le pourvoi du sieur Lassale ne saurait être accueilli ». V. également Cadoux-Trial, « La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat », E.D.C.E. 1953 p. 85.

(70) 17 octobre 1958, Ministre de l'Intérieur c. sieur Mottard, Rec. 490.

(71) C'est nous qui soulignons.

(72) Section, 26 juin 1959, Syndicat algérien de l'éducation surveillée, Rec. 399, conclusions Fournier, A.J. 1960.II.265, A.J. 1960.I.157, chr. Combarnous et Galabert.

Cette jurisprudence du Conseil d'Etat montre que la charge de la preuve ne pèse pas exclusivement sur le demandeur. Le juge armé de pouvoirs d'instruction doit en user, non seulement à l'égard de l'administration, mais aussi à l'égard du requérant lui-même. Ce n'est donc pas une prérogative d'investigation à l'égard des seules personnes publiques qui est ainsi reconnue au juge administratif. *C'est un pouvoir général de recherche de la vérité.* Si le requérant ne satisfait pas à la demande de complément de preuve que lui adresse le juge, son recours sera repoussé. Mais, en général, le juge use de ses prérogatives d'instruction à l'encontre des personnes publiques. Les pouvoirs dont le juge est investi atténuent la portée du principe qui fait peser la charge de la preuve sur le requérant.

407. — B. *L'intervention du juge atténue la difficulté de la preuve pour le demandeur.* — Les modalités de l'intervention du juge sont extrêmement subtiles. Les auteurs sont unanimes à déclarer que dans ce domaine, plus que dans tout autre, le Conseil d'Etat se méfie des formules générales (73). Il nous paraît cependant possible de dégager les facteurs dominants de cette intervention du juge administratif. *La Haute Assemblée considère l'inégalité des parties en cause et elle lui porte remède.* Cette action du juge est beaucoup plus marquée dans le domaine de l'excès de pouvoir — où elle est plus nécessaire — que dans le plein contentieux. Dans ce dernier domaine, le juge administratif voile le renversement de la charge de la preuve sous des considérations de fond — ce qui est, nous le verrons, le procédé employé par le juge civil. Ainsi, la création d'une présomption de faute à la charge du conducteur d'automobile renverse en fait la charge de la preuve (74). Mais ce renversement n'est pas particulier au droit administratif. Aussi, nous étudierons spécialement le cas de l'excès de pouvoir.

408. — a) *Le requérant doit apporter à l'appui de ses allégations un commencement de preuve.* — Le juge administratif n'estime pas nécessaire que le requérant fasse la preuve entière des faits qu'il allègue. Il exige simplement que le demandeur apporte des éléments de nature à faire penser que la décision de l'administration n'est peut-être pas justifiée. Les éléments apportés par le requérant doivent faire naître le doute dans l'esprit du juge. C'est dans cette mesure que la charge de la preuve incombe au requérant. « Cette attitude du juge...

(73) V. par ex. PACTET, *op. cit.*, p. 88 qui note : « Il faut voir là un effet de la répugnance bien connue de la Haute Juridiction à introduire dans ses « considérant » des définitions à caractère doctrinal sans intérêt pratique pour la solution de l'espèce considérée. D'une manière plus générale, on sait que le Conseil d'Etat veille soigneusement à ne pas laisser enfermer sa jurisprudence et ses possibilités d'actions dans des formules trop étroites ou trop rigides. »

(74) 22 décembre 1924, Société d'assurance mutuelle « Les Travailleurs Français », D.P. 1925.III.9, note Appleton, S. 1926.III.1, note Hauriou.

est... conforme à la logique des preuves en justice ; *actori incumbit probatio*. Il est normal que ce soit au requérant d'apporter la preuve de la violation du droit dont il se plaint (75). » Mais la jurisprudence ne caractérise pas, par une formule générale, la nature de ces éléments de preuve que le requérant doit fournir au juge. L'analyse de chaque cas particulier lui donne la mesure de ce commencement de preuve qu'elle doit exiger.

La jurisprudence nous paraît guidée par deux espèces de considétions. Selon la difficulté des preuves dans le cas concret envisagé, le juge admettra plus ou moins facilement le commencement de preuve. Selon la gravité du moyen invoqué par le requérant à l'encontre de l'acte administratif, le juge se montrera plus ou moins sévère.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de prouver contre le contenu d'un acte administratif, il ne suffit pas que la thèse invoquée par le requérant ne manque pas de vraisemblance. Les actes administratifs font foi jusqu'à preuve contraire. Des « présomptions graves, précises et concordantes... seules pourraient suppléer à l'absence de tout document décisif » (76).

Lorsque la thèse du requérant n'est, au contraire, pas contredite par l'acte administratif lui-même, ce qui est le cas le plus fréquent, le Conseil d'Etat tend à admettre assez facilement que le requérant apporte un commencement de preuve (77).

Il a ainsi reconnu dans l'affaire Barel un tel commencement de preuve, les requérants se prévalant « à l'appui de leur allégation de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses ». Or, il résulte des conclusions du commissaire du gouvernement Letourneur qu'à l'appui de leur allégation — soutenant qu'ils n'avaient pas été admis à présenter le concours de l'Ecole Nationale d'Administration pour des motifs d'ordre politique — les requérants apportaient comme seule « présomption sérieuse » un ensemble de manifestations d'opinions de personnes plus ou moins rattachées au gouvernement. La preuve n'était pas certaine. Le commencement de preuve était, lui, suffisant.

L'affaire Barel est surtout remarquable par les conclusions du commissaire Letourneur. Mais, dans le domaine de la preuve, si la jurisprudence en était restée à ce stade d'évolution, il est probable que le requérant n'aurait pas vu très souvent reconnaître par le juge administratif le commencement de preuve. En effet, dans cette affaire, les demandeurs pouvaient apporter à l'appui de leur opinion des éléments de preuve découvrant l'action *interne* de l'administration. La preuve résultait d'un ensemble d'indiscrétions commises par des fonc-

(75) Note Waline sur Assemblée, 28 mai 1954, Barel, R.D.P. 1954, p. 509.

(76) Conclusions Fournier sur Section, 12 novembre 1958, Syndicat de la raffinerie de soufre française et autres, A.J. 1959.II.13 (spécialement, p. 14 *in fine* B).

(77) Assemblée, 28 mai 1954, Barel, Rec. 308, conclusions Letourneur, D. 1954.J.594, note Morange, S. 1954.III.97, R.P.D.A. 1954, p. 149, conclusions Letourneur, note Liet-Veaux.

tionnaires qui avaient participé de près ou de loin à la prise de la décision. Le secret de l'action administrative avait pu être percé dans cette affaire. Il était peu probable que le renouvellement de circonstances aussi favorables soit possible.

Mais la résonance profonde des conclusions du commissaire du gouvernement Letourneur va amener le Conseil d'Etat à assouplir la notion de commencement de preuve dans une espèce jugée le 23 décembre 1955 (78). Dans cette espèce, le Conseil d'Etat estime la preuve établie en l'absence de toute preuve interne des mobiles de la démarche administrative. Des faits externes à la décision prise ont été considérés comme suffisants pour établir la réalité des allégations du requérant. Il faut en conclure que, désormais, de tels faits, s'ils sont suffisamment précis, pourront à plus forte raison servir de commencement de preuve.

Une fois le commencement de preuve apporté, le juge administratif va consentir à contribuer à la recherche de la preuve. Dans cette recherche, il consent à percer le voile qui entoure l'action administrative.

409. — b) *Si le commencement de preuve est apporté, le juge administratif use de ses pouvoirs d'instruction.* — La personne publique — qu'on la considère ou non comme défenderesse au procès — pourrait se cantonner dans une attitude négative. Il lui suffirait de dénier les prétentions du requérant sans être obligée de collaborer à la recherche de la vérité. Le juge administratif, en vertu de ses pouvoirs d'inquisiteur va modifier de manière essentielle la position de l'administration. Il va exiger qu'elle contribue à l'instruction. Faute de quoi, les prétentions du requérant seront considérées comme établies.

L'administration n'est pas obligée de motiver ses décisions. Mais si le requérant apporte un commencement de preuve qui fait naître le doute sur la légalité d'un acte administratif, le juge va demander à l'administration de porter à sa connaissance l'ensemble des faits et documents dans le cadre desquels se situe l'action administrative (79). Cette obligation qui pèse sur les personnes publiques du fait de la demande du juge « s'étend à la production de toutes les pièces en la possession de l'administration qui sont nécessaires au jugement de l'affaire, c'est-à-dire, qui sont indispensables pour permettre de prendre parti sur les points de droit ou de fait soulevés par la requête » (80). L'administration peut alors adopter deux attitudes.

(78) Section, 23 décembre 1955, Lévy, Rec. 608, D. 1956.J.27, conclusions Lasry.

(79) C'est la procédure qui a été suivie dans l'affaire Barel. Les conclusions Letourneur notent à ce propos : « Votre Section du contentieux... précisait le 19 mai les pièces dont elle demandait la communication et rappelait que ces pièces étaient sollicitées pour les cinq candidats et non pour trois d'entre eux seulement. Il impartissait au secrétaire d'Etat un délai de quatre jours expirant le 23 mai pour produire les pièces-documents ainsi définis. »

(80) Conclusions A. Bernard sur 25 juin 1958, Société des automobiles M. Berliet, Rec. 386 (spécialement, p. 391).

Ou bien, elle défère à la demande du juge; dans ce cas, ce dernier contrôlera le bien-fondé des éléments de preuve fournis par l'administration. Il pourra alors rejeter la prétention du requérant si l'administration a montré que sa position était justifiée (81). Il censurera au contraire l'acte administratif s'il se révèle que les éléments fournis par l'administration ne sont pas pertinents (82).

Ou bien l'administration ne peut ou ne veut répondre à la demande du juge ; dans ce cas, le juge va censurer l'acte de l'administration que celle-ci ne justifie pas. Cette carence de preuves ne dépend pas toujours directement de la volonté des personnes publiques. Ainsi, lorsqu'elles ont perdu le dossier du requérant (83), ou qu'il leur est impossible de le produire (84), elles ne font preuve d'aucune mauvaise volonté à l'égard du juge. Il n'en demeure pas moins qu'elles sont dans l'impossibilité de fournir la preuve demandée. Dans d'autres cas, l'administration refuse directement de se plier à la demande de renseignements du juge.

Que l'absence de preuves fournies par l'administration soit volontaire ou non, la conséquence qu'en tire le juge est la même. Il considère que les allégations du requérant sont exactes (85). Le Conseil d'Etat estime ainsi dans une espèce Mottard que si « les premiers juges ont... demandé à l'administration la production de certaines pièces qui auraient dû se trouver dans le dossier administratif du sieur Mottard communiqué au tribunal et qui n'y figuraient pas... l'administration s'étant abstenue de donner satisfaction à cette demande dans le délai qui lui avait été imparti à cet effet et qui était suffisant, le

(81) Dans une affaire Couespel du Mesnil, la Section du contentieux avait ordonné par une première décision (1er mai 1936, Rec. 485) après le refus de référer à une injonction de produire le dossier du requérant « que ce refus est injustifié, qu'il appartient en effet au Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant ; qu'il y a lieu dès lors d'ordonner avant-dire droit... la production des pièces et rapports réclamés au Ministre de la Marine ». Le ministre s'est incliné et par une deuxième décision le Conseil d'Etat a rejeté les conclusions du requérant (Section, 6 novembre 1936, Couespel du Mesnil, Rec. 965).

(82) V. sur ce point les conclusions Fournier sur Section, 22 janvier 1960, Rey, A.J. 1960.II.55.

(83) 24 juillet 1907, Fournier-Marnay, Rec. 707 ; 18 janvier 1952, de Place. R.D.P. 1953, p. 205, « aux termes de la lettre ministérielle.... malgré de nombreuses recherches le dossier du sieur de Place n'a pu être retrouvé ; qu'ainsi le Conseil d'Etat est mis par le fait de l'administration dans l'impossibilité d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient... ». Le Conseil d'Etat annule en conséquence la décision du ministre. V. dans le même sens, 11 janvier 1956, Lafforgue, R.D.P. 1956, p. 598.

(84) 25 janvier 1950, Oulié, Rec. 54.

(85) Barel précité, 17 octobre, 1958, Ministre de l'Intérieur c. sieur Mottard, Rec. 490.

tribunal administratif était fondé à tenir pour exactes, comme il l'a fait, les allégations du sieur Mottard » (86).

Le refus de communication de la pièce demandée peut être justifié. Ainsi, le pouvoir dont le « tribunal administratif dispose, dans la généralité des cas, de prescrire pour les besoins de l'instruction toute communication de pièces ou de dossier comporte une exception pour tous les documents à l'égard desquels l'autorité compétente croit devoir affirmer que leur divulgation, même opérée sous les garanties et dans les formes juridictionnelles, est exclue par les nécessités de la défense nationale ». Mais le juge administratif n'est pas désarmé devant ce refus de communication pour des raisons de secret. Certes, il ne lui appartient pas de le discuter. Il est tenu de ne statuer qu'au vu des seules pièces du dossier dont il est saisi. Mais, « rien ne s'oppose à ce que, dans la mesure où ces renseignements lui paraissent indispensables pour former sa conviction sur les points en litige, il prenne toutes mesures de nature à lui procurer, par les voies de droit, tous éclaircissements nécessaires même sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion ; qu'il a ainsi la faculté, s'il y échoit, de convier l'autorité responsable à lui fournir, à cet égard, toutes indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte directe ou indirecte aux secrets garantis par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause ». Le juge peut donc, si on refuse de lui communiquer des pièces confidentielles, adresser une demande de renseignements à l'administration concernant ces pièces. Cette nouvelle demande est alors soumise au droit commun. « Il lui appartient, dans le cas où un refus serait opposé à une telle demande, de joindre cet élément de décision, en vue du jugement à rendre à l'ensemble des données fournies par le dossier (87). »

410. — Le juge administratif répartit ainsi dans une mesure équitable la charge de la preuve entre le requérant et l'administration. Le requérant doit apporter un commencement de preuve. Le juge administratif, s'il l'estime utile, va demander à l'administration de compléter cette preuve. Il transfère ainsi une partie de la charge de la preuve à la personne publique qui est seule susceptible d'en détenir les éléments. Cette intervention du juge signifie qu'il reconnaît que le requérant est présumé avoir raison si l'administration ne dément pas le commencement de preuve qu'il a apporté. Cette présomption n'est cependant pas nettement précisée avant tout recours juridictionnel. Elle varie selon les faits de l'instance.

(86) Ministre de l'Intérieur, précité. V. également, Assemblée, 30 janvier 1959, Grange, Rec. 85, conclusions Chardeau.

(87) Assemblée, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la Guerre c. Coulon, Rec. 149, R.D.P. 1955, p. 995, conclusions Grévisse, D. 1955.J.555, note de Soto et Léauté, A.J. 1955.II.181, observations Long.

411. — Il est d'autres cas où le Conseil d'Etat a nettement précisé les limites d'une présomption qu'il a créée dans un domaine particulier. Nous ne pouvons mentionner dans le cadre de notre étude toutes les hypothèses où de telles présomptions existent. Il suffira d'en citer un exemple particulièrement caractéristique. La décision implicite de rejet est acquise quatre mois après l'envoi d'une requête aux fins de décision à l'administration. Le procédé de l'envoi par lettre recommandée de la requête s'était répandu. Mais l'administration pouvait répliquer que la lettre recommandée ne contenait pas la requête. Cet argument participait le plus souvent de la mauvaise foi. Les requérants n'ont pas l'habitude d'envoyer à l'administration des lettres sans aucun contenu ! Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il créé une présomption. L'envoi d'une lettre recommandée par le futur demandeur fait présumer que ce dernier a adressé une requête à l'administration. Si l'administration entend contester cette présomption, il lui appartient de faire la preuve de son affirmation en produisant le pli qui lui a été adressé (88). Le juge administratif exige, dans ce cas, un commencement de preuve : preuve qu'une lettre recommandée a bien été expédiée. Une fois cette preuve apportée, il présume que la lettre contenait la requête de l'administré ; c'est-à-dire qu'il met à la charge de l'administration la preuve de l'absence de requête dans l'envoi du requérant.

412. — Les différents aspects de l'intervention du juge administratif s'exercent donc pour atténuer les effets inéquitables de la charge de la preuve qui pèse sur le requérant — c'est-à-dire, le plus souvent, sur l'administré. L'action du juge est dictée *par la personnalité des parties en cause et par leur position respective dans l'instance.* Parce que le demandeur est un administré, par hypothèse extérieure à l'action administrative, et que la personne qu'on trouve de l'autre côté de la barre est l'administration, le juge exerce ses pouvoirs d'inquisition toujours à l'égard de la même personne. La nécessité de tels pouvoirs en matière administrative ne peut être contestée. Ils contribuent à alléger les difficultés d'une preuve qu'on ne peut transférer en règle générale à l'administration pour ne pas dénaturer les principes fondamentaux de toute instance et qu'on ne peut maintenir sous un aspect absolu à la charge du demandeur, à peine de valider automatiquement toutes les formes de l'action administrative.

(88) 31 mai 1933 X., Rec. 386 ; 15 mai 1935, Malaterre, Rec. 550. V. également WALINE, *Droit administratif*, 8e édition, n° 310. M. Waline nous donne la raison de la solution adoptée par le Conseil d'Etat (observations sur le rapport précité de H. SOLUS, *op. cit.*, p. 150) : « L'administration est considérée comme ayant reçu la réclamation parce que dans chaque administration il y a un service du courrier qui doit enregistrer les pièces rentrantes, ces pièces doivent être en outre classées dans des archives, l'administration doit pouvoir toujours les représenter. Si elle ne les représente pas, elle est réputée avoir reçu cette réclamation et cette réclamation est réputée être bien celle que le plaideur prétend. »

413. — 2° *En procédure civile.* — La règle qui met la preuve à la charge du demandeur est le principe (89), le juge ne disposant que de manière exceptionnelle de pouvoirs de nature inquisitoriale. Il renverse rarement la charge de la preuve. Lorsqu'il le fait, il voile son activité sous des considérations de fond du droit. Il présente le renversement de la charge de la preuve comme une suite logique de l'ensemble de la législation sur la matière en cause. C'est le procédé que le juge administratif utilise en matière de plein contentieux.

414. — A. *La charge de la preuve pèse sur le demandeur.* — Le demandeur doit établir les faits de la cause. Si ceux-ci ne ressortent pas de manière suffisamment précise des débats, si la conviction du juge n'est pas faite, la prétention du demandeur sera repoussée. La jurisprudence civile (90) a tiré ce principe de l'article 1315 du Code civil aux termes duquel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation ». Elle a estimé que ce texte avait une portée extrêmement générale. Elle a donc appliqué le principe *actori incumbit probatio.* Cette règle a été considérée comme applicable aussi bien aux faits positifs qu'aux faits négatifs (91). Le demandeur est tenu de prouver les seconds comme les premiers. Par exemple, le père qui allègue, au cours d'une instance en désaveu, l'impossibilité de cohabitation, doit en apporter la preuve (92).

Cette formule doit certes se combiner avec les pouvoirs d'instruction qui appartiennent au juge. Le juge peut ordonner des mesures d'instruction pour vérifier les faits allégués par le demandeur. L'usage de ces pouvoirs ne bouleverse pas cependant comme en matière administrative, les rapports entre les parties à l'instance. Le juge civil ne se reconnaît pas, de manière générale, le pouvoir d'adresser des injonctions au défendeur d'avoir à compléter son information. Certes, il lui arrive d'estimer qu'il peut demander la communication au défendeur ou à telle autre partie de documents ou de tout autre élément de preuve. Mais cette intervention reste exceptionnelle (93).

La législation récente donne cependant au juge civil des pouvoirs imités de ceux dont dispose le juge administratif. La possibilité pour le juge d'ordonner une comparution personnelle est assortie d'une sanction très précise. Si la partie convoquée ne comparaît pas ou, comparaissant, refuse de répondre, le juge peut en tirer toutes les conséquences de droit et notamment considérer qu'il dispose d'éléments

(89) THÉVENET, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, thèse, Lyon 1921.
(90) Civ., 2 mars 1881, D.P. 1882.I.199.
(91) LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », Rev. trim. dr. civ., 1953, p. 1.
(92) Civ., 4 juillet 1912, S. 1913.I.390.
(93) Req., 17 juin 1879, S. 1881.I.116.

suffisants pouvant suppléer au commencement de preuve par écrit. Le juge est ainsi investi d'un pouvoir de nature inquisitoire. Il dispose d'une sanction si la partie refuse de déférer à son injonction. S'il use de ces prérogatives à l'égard du défendeur, il pourra ainsi faciliter l'apport de la preuve par le demandeur. Celui-ci pourra prouver par présomptions ou par témoins, sans être obligé de fournir un commencement de preuve par écrit. L'intervention du juge a donc, dans certains cas, pour effet de bouleverser les rapports respectifs des parties dans le domaine de la preuve.

La réforme du 22 décembre 1958 accorde au juge civil, en matière d'enquête, des pouvoirs très larges. Désormais, le juge peut interpeller n'importe quelle personne intéressée à l'affaire, sur n'importe quel fait concernant le procès et dont la preuve est admise par la loi. Il peut ainsi établir sa conviction sans être lié en aucune manière par la volonté des parties au procès.

Quoiqu'il en soit de ces innovations législatives, l'importance des exceptions au principe de la charge de la preuve apportées par l'octroi au juge de pouvoirs de nature inquisitoire est négligeable. Le juge civil n'en a pas pour autant conservé de manière absolue le fardeau de la preuve sur la tête du demandeur. Il renverse dans plusieurs hypothèses la charge de la preuve, sans l'avouer explicitement. Il prétend justifier ces exceptions par des considérations de fond du droit.

415. — B. *Les dérogations au principe sont voilées par des considérations concernant le fond du droit.* — La jurisprudence supplée très souvent à l'absence de preuve d'un des éléments invoqués par le demandeur « en en présumant l'existence » (94). Elle prétend tirer ces présomptions du fond du droit. Mais, en fait, elles sont justifiées, dans son esprit, par la difficulté particulière de la preuve qui pèserait sur le demandeur, si on maintenait la règle ordinaire.

Par exemple, en matière de responsabilité, la Cour de cassation présume que le fait de la chose a été la cause génératrice du dommage. Le gardien doit faire la preuve contraire (95). Cette jurisprudence n'a été possible que parce que la jurisprudence civile a « découvert » dans l'article 1384 du Code civil une présomption de responsabilité pesant sur le gardien de la chose (96). Cette présomption est prétenduement tirée du fond du droit, mais, comme on l'a justement remarqué (97), la Cour de cassation a dissimulé « le problème de fond derrière un aménagement de la preuve ».

De même, la jurisprudence présume que l'obligation dont la cause n'est pas exprimée a pourtant une cause licite. C'est à la partie adverse

(94) PERROT, *op. cit.*, n° 87.

(95) Civ., 16 janvier 1940, S. 1940.I.97, note Mazeaud.

(96) Ch. réunies, 13 février 1930, D.P. 1930.I.57, note Ripert, rapport le Marc'hadour, conclusions Matter.

(97) CHEVALIER, *op. cit.*, p. 265.

de la personne qui demande le paiement de prouver que la cause est illicite ou qu'il n'y en a aucune (98). La Cour de cassation a également prétendu justifier ce renversement de la charge de la preuve par des raisons de texte.

Dans diverses hypothèses donc, la jurisprudence civile se référant à des principes tirés plus ou moins exactement du fond du droit, a renversé la charge de la preuve. En la mettant à la charge de la personne qui aurait pu normalement se réfugier dans la qualité de défendeur, la jurisprudence civile tend en fait à éviter les inconvénients majeurs de la règle *actori incumbit probatio*. Si la preuve est trop difficile à apporter pour le demandeur, si la situation que le demandeur invoque à son profit est en général conforme à la réalité, elle vise une présomption.

416. — 3° *Comparaison des solutions retenues dans les deux procédures.* — La procédure administrative contentieuse et la procédure civile se distinguent de manière appréciable dans le domaine de la preuve. Le juge administratif dispose de pouvoirs indépendants particulièrement importants pour répartir de manière équitable la charge de la preuve. Le juge civil n'a pas de telles prérogatives. Cela ne veut pas dire qu'il ne bouleverse jamais les règles de la preuve. Mais lorsqu'il opère un tel bouleversement, il ne le rattache pas à ses pouvoirs. Il invoque les textes, le fond du droit. Une législation récente a cependant octroyé au juge civil des pouvoirs de la même nature que ceux conférés au juge administratif. Mais ces prérogatives existent pour l'instant dans des cas limités. L'usage qui en est fait reste, d'autre part, trop exceptionnel pour qu'on puisse invoquer un rapprochement quelconque entre les deux matières.

Nous avons vu que l'origine d'une telle distinction réside dans la différence des personnes en cause dans les deux procédures. Le fait que l'administration, étant toujours du même côté de la barre, puisse se cantonner dans une position défensive, a amené le juge administratif à répartir équitablement la charge de la preuve. La procédure administrative contentieuse ne pouvait pas être soumise sans atténuation aux pouvoirs des parties dans ce domaine de la preuve. L'inégalité des personnes en cause existe également en procédure civile (99). Mais l'application du principe *actori incumbit probatio* ne se heurte pas, en général, aux obstacles qu'il rencontre en matière administrative. Le défendeur ne se confond pas toujours avec la personne qui détient les moyens de preuve. La procédure civile a donc pu s'accommoder d'une

(98) Req., 28 octobre 1885, D.P. 1886.I.69, « Attendu qu'aux termes de l'article 1132 C. civ. la convention n'est pas moins valable quoique la cause ne soit pas exprimée dans une obligation, il y a, jusqu'à preuve contraire, présomption que cette cause existe et qu'elle est licite ; attendu que si le débiteur, contre lequel le payement d'une telle obligation est poursuivi veut exciper d'un défaut de cause ou de l'existence d'une cause illicite, il lui incombe d'en fournir la preuve ».

(99) V. ci-dessus, Première Partie, titre I, chapitre I.

procédure accusatoire. Mais cette procédure se révèle pleine de défauts lorsque l'administration intervient d'une manière ou d'une autre dans le procès civil. Un exemple le montrera clairement : la rectification par voie d'erratum des dispositions légales ou réglementaires insérées au *Journal Officiel*.

Le Conseil d'Etat estime que le rectificatif n'est valable qu'autant qu'il s'agit de réparer une erreur matérielle. Il ne peut être employé pour édicter une disposition nouvelle (100). Mais pour rechercher s'il y a eu vraiment erreur matérielle, il emploie le seul procédé valable. Il ordonne, soit la production de l'original du texte, soit la vérification de l'original par un de ses membres. Il entre donc en contact avec l'administration de manière extrêmement précise (101).

Les tribunaux judiciaires se trouvent contraints à se livrer à un contrôle plus superficiel. Tout en adoptant la même position de fond que le Conseil d'Etat — le rectificatif ne peut corriger qu'une erreur matérielle — ils se bornent à comparer le texte publié au *Journal Officiel* et le rectificatif (102). Leur contrôle est donc purement externe. N'étant pas habitués à exercer des pouvoirs d'inquisiteur, ils se trouvent fort démunis lorsque la recherche de la preuve les met en rapport avec l'administration (103).

Les différences constatées entre les deux procédures sont donc bien la conséquence de la qualité des personnes ordinairement en cause dans les instances civiles et administratives.

### § III. — Les modes de preuve.

**417. — Le juge et les parties contribuent donc, selon des modalités différentes dans les deux procédures, à la recherche de la vérité. Cette répartition de la charge de la preuve n'épuise pas le problème de l'in-**

(100) 29 juin 1934, Rennes, S. 1934.III.112 ; 19 février 1937, Cazeaux, Rec. 219 ; 21 décembre 1945, Ministre des finances, Rec. 264 ; Assemblée, 10 octobre 1958, Compagnie salinière de la Camargue, Rec. 484.

(101) 9 décembre 1949, Union de la propriété bâtie de France, S. 1950.III.38, observations P. de F.R.

(102) Civ., 18 décembre 1933, S. 1934.III.257, note Rousseau Ch., D.P. 1942.I.17, note Voirin.

(103) On voit donc combien dans le domaine de la preuve est exacte l'opinion du professeur P. Weil (préface à la thèse de B. Kornprobst, « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », L.G.D.J. 1959) « ... nous regretterions plutôt que, depuis la réforme du contentieux, le recours pour excès de pouvoir n'ait que trop tendance à être enfermé dans les voies étroites de règles de procédure empruntées de plus en plus souvent au « droit judiciaire privé » ; nous ne voyons aucun avantage à précipiter une évolution qui ne peut aboutir, sous des prétextes d'ordre procédural, qu'à une stagnation, si ce n'est à une régression du contrôle juridictionnel de l'administration ». Il est incontestable qu'introduire les principes de la procédure civile concernant les preuves dans le recours pour excès de pouvoir aurait été contribuer à une régression du contrôle juridictionnel de l'administration. V. comme autre exemple notre note en matière de saisie de journaux, 9 décembre 1960.

formation du juge. Comment sa conviction doit-elle être établie : la loi détermine-t-elle les modes de preuve qui seuls permettent d'établir l'existence des faits et le crédit que le juge doit accorder à chaque procédé de preuve ? — ce sera le système de la preuve légale — le juge est-il au contraire libre de tirer les conclusions des faits qui lui sont présentés ou qu'il découvre de quelque manière que ce soit ? — ce sera le système de l'intime conviction.

Le choix entre ces deux principes dépend de la part d'initiative et de pouvoir discrétionnaire qu'on veut reconnaître au juge. Il nous paraît cependant essentiel de remarquer que l'un des procédés employés, celui de la *preuve légale*, ne peut être appliqué à la lettre. Il impliquerait *stricto sensu* que le juge soit lié non seulement par les éléments de preuve prévus par la loi, mais aussi par les conséquences de leur production en justice. Le juge serait ainsi un automate. Son raisonnement n'interviendrait pas. Mais, en fait, il n'en est rien. Le juge apprécie si le mode de preuve rentre bien dans la catégorie prévue par la loi. Il doit ensuite rechercher, et ceci nous apparaît fondamental, si la preuve produite se rattache à l'objet du procès. Dans cette appréciation, le pouvoir discrétionnaire du juge réapparaît : la loi peut déterminer les modes de preuve et les conséquences à en tirer — elle ne peut affirmer que dans une instance relative à la vente d'un objet, le plaideur aura la possibilité de produire un écrit concernant l'achat d'un autre objet. On ne peut interdire au juge d'apprécier les preuves dans le cadre de sa culture juridique.

418. — C'est sous ces réserves que l'on peut dire que la procédure civile retient le système de la preuve légale. Elle détermine le champ d'application des preuves littérales, testimoniales, par présomptions, de l'aveu et du serment. Elle précise pour l'écrit, l'aveu et le serment, la force probante de chacun d'eux. Elle laisse le juge libre d'apprécier les conséquences de la preuve par témoins ou par présomptions. Sur ce point, déjà, l'intime conviction remplace le système de la preuve légale. Mais l'atteinte la plus importante subie par ce dernier principe résulte directement des pouvoirs du juge. Le juge est choisi pour connaître des instances à raison de ses connaissances particulières. On ne peut lui interdire d'en faire usage. Comme l'a très justement remarqué le professeur Chevalier : « il est certain que le juge ne peut apprécier les faits sans tenir compte de ce que son expérience antérieure au litige lui a fait connaître » (104). Un tribunal paritaire a, pour apprécier que « les négligences relevées par l'expert n'étaient pas de nature à compromettre l'exploitation du fond » fait état de « son expérience de la chose agricole ». La Chambre sociale rejette le pourvoi. Elle estime que « le tribunal n'a pas fait état de ses connaissances pour introduire un élément d'appréciation nouveau dans le débat, ce qui lui était interdit, mais s'est borné à user de son expérience agricole pour apprécier les éléments qui lui étaient fournis par le rapport

(104) CHEVALIER, *op. cit.*, p. 48.

d'expertise, ce qui était son droit et conforme au vœu du législateur » (105). La Cour de cassation admet ainsi que le problème de la preuve en matière civile ne s'épuise pas dans le principe de la preuve légale. La solution de l'instance dans le cadre de la loi ne peut ignorer les pouvoirs du juge.

419. — La procédure administrative contentieuse laisse au juge des pouvoirs encore plus larges. La loi est muette sur les moyens de preuve admissibles dans cette matière. Elle n'indique pas, d'autre part, de hiérarchie entre les différentes preuves susceptibles d'être apportées en justice (106). Ce système est la conséquence nécessaire de l'intervention du juge dans la recherche de la preuve. Dans la mesure où on reconnaît au juge le pouvoir d'intervenir dans les rapports respectifs des parties, sans établir des règles rigides de preuve, on ne peut lui imposer le principe de la preuve légale. Singulièrement, les rapports du juge et de l'administration dans l'instruction des affaires ne peuvent être enfermés dans une quelconque hiérarchie des moyens de preuve. La liberté du juge est la rançon de l'application libérale du principe *actori incumbit probatio* (107).

Les divergences entre les deux procédures dans le choix entre l'intime conviction et la preuve légale sont uniquement le résultat d'autres divergences constatées dans l'application de ce principe. C'est dans ce cadre que doivent être appréciés les différents incidents suscités par les modes de preuve. Après une étude générale de ces divers incidents, nous examinerons plus particulièrement les incidents relatifs à la preuve écrite.

420. — 1° *Les incidents relatifs à la preuve.* — Bien que les modes de preuve employés dans les deux procédures soient assez voisins, certaines caractéristiques de la procédure administrative contentieuse donnent un tour original aux mesures d'instruction.

(105) Civ., 28 octobre 1949, Bull. civ. 1949.IV.791 ; V. également Chevalier, *op. cit.*, p. 47.

(106) V. sur ce point les développements de Pactet, Thèse précipitée, p. 138.

(107) Il est un seul moyen de preuve qui se retrouve en procédure civile mais qui doit être considéré comme implicitement proscrit par le législateur en procédure administrative contentieuse : le serment. Le Conseil d'Etat, le 29 novembre 1851, a en effet décidé (29 novembre 1851, Pélissier, Rec. 720) « que les articles 1358 et suivants du Code civil, relatifs au serment décisoire, ne s'appliquaient qu'aux constatations portées devant les tribunaux ; qu'aucune disposition légale n'en avait étendu les effets à la juridiction administrative, et que des motifs d'ordre public s'opposaient à ce qu'un tel serment fut différé devant cette juridiction ». La loi du 22 juillet 1889 ne traite pas du serment. Ce n'est pas un oubli, comme le montre le rapport Clément au Sénat. Ce rapport remarque (cité par Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*, 1891, p. 250) : « Pour apprécier la sagesse de cette décision, il suffit de remarquer que le débat s'engage fréquemment devant la juridiction administrative entre les particuliers et les agents de l'administration, qui ne peuvent ni prêter, ni déférer le serment sans inconvénient grave. »

421. — Tout d'abord, les incidents sont marqués, dans le contentieux administratif, par l'initiative du juge. En procédure civile, une fois que le juge a ordonné la mesure destinée à compléter son information, il dépend des parties de prendre les mesures destinées à ce que l'instance annexe en information ait lieu. Elles remettent ensuite en mouvement l'instance principale, en saisissant le juge des résultats de la mesure d'instruction. La procédure administrative contentieuse permet d'éviter les lenteurs abusives qu'entraîne l'initiative des parties. Le déroulement des mesures ordonnées par le juge dépend du magistrat lui-même. Il peut en accélérer le cours a son gré à la condition de respecter le principe du contradictoire. Les réformateurs de la procédure civile se sont inspirés de cette initiative du juge pour remédier aux lenteurs de l'enquête dont on a pu dire justement qu'elle était « l'un des paradis du formalisme » (108). Désormais, les opérations de l'enquête « ne laissent aux plaideurs aucune possibilité d'en retarder le cours » (109).

422. — D'autre part, une distinction fondamentale (110) existe en procédure administrative contentieuse entre les différentes mesures que les juridictions administratives peuvent ordonner pour la recherche de la vérité. Il existe des mesures d'instruction que le juge peut ordonner d'office mais qu'il est possible pour les parties de demander, telles les expertises ou les enquêtes. Ces mesures se retrouvent également en procédure civile. D'autres mesures sont, au contraire, toujours ordonnées par le juge en dehors de toute demande des parties. Ce sont celles qui ont pour but d'alléger la charge de la preuve qui pèse sur le demandeur. Elles peuvent être exercées grâce aux pouvoirs d'inquisiteur dont le juge administratif dispose. Il s'agit notamment des mesures de vérifications administratives, des demandes de preuve adressées par le juge à l'administration. Elles sont exercées en fonction de la personnalité des parties à l'instance. Aussi ne les retrouve-t-on pas en procédure civile.

423. — L'attitude du Conseil d'Etat ajoutait un troisième élément à cette originalité des modes de preuve en procédure administrative contentieuse. Le Conseil d'Etat s'abstient de recourir aux mesures d'instruction ordinaire (qui peuvent être également demandées par les parties), « lorsqu'il statue en premier et dernier ressort... Certes, la Haute Juridiction utilise fréquemment de tels procédés de vérification pour motiver ses arrêts, mais il s'agit alors d'affaires où elle statue sur

(108) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, Thémis, 1958, p. 539.

(109) Cornu et Foyer, *La réforme judiciaire*, Thémis, 1960, p. 77.

(110) M. Pactet (Thèse précitée, p. 140) a présenté une autre distinction entre documents de preuve et mesures d'instruction. Quel que soit son intérêt, elle ne marque pas avec assez de netteté l'originalité de la procédure administrative contentieuse.

appel des décisions de tribunaux administratifs inférieurs » (111). Les justifications de cette attitude du Conseil d'Etat importent peu, depuis 1953, puisque, désormais, le Conseil d'Etat a perdu sa qualité de juge de droit commun. Il ne connaît en principe que d'affaires déjà instruites devant le tribunal administratif. Il n'y a donc pas d'inconvénients à ce qu'il n'ordonne pas d'autres mesures d'instruction. Nous avons vu, d'autre part, que l'attitude du Conseil d'Etat hostile aux mesures d'instruction ne se retrouve pleinement que lorsqu'il statue en premier et dernier ressort. On ne peut plus, par conséquent, attacher une valeur de principe à cette attitude. L'originalité qu'elle apporte à la procédure administrative contentieuse est strictement délimitée.

L'étude des principaux incidents relatifs à la preuve va nous montrer que les différences de principe qui existent entre les deux procédures n'entraînent pas l'institution d'incidents de preuve différents en matière administrative. Devant les tribunaux administratifs, ces incidents sont les mêmes que ceux que l'on rencontre en procédure civile.

424. — A. *L'expertise* (112). — Le juge n'a pas en général une compétence d'ordre technique pour déceler la signification des faits dans toutes les matières. La capacité requise du juge est une capacité juridique et non pas technique. Le juge peut alors se décharger sur des personnes compétentes de la mission de procéder aux constatations qui exigent des connaissances spéciales.

L'expertise doit avoir pour seule fin d'informer le juge sur l'appréciation matérielle des faits. Elle ne peut avoir pour objet de trancher un point de droit (113).

D'autre part, elle constitue, affirment les auteurs, une procédure incidente. A notre avis, il s'agit plus sûrement d'une instance *annexe* : c'est-à-dire, qu'elle ne trouve pas sa fin en elle-même. Elle sert à l'instruction d'une instance principale. Elle est ordonnée par un jugement avant-dire droit concernant cette instance principale. Il résulte de ce

(111) LENOAN H., *La procédure devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux en première et dernière instance*, Thèse, Paris, 1954.

(112) RETAIL L., « Techniques de l'expertise judiciaire », Sirey 1952 (Collection des expertises judiciaires). LENOTTE. *L'expertise devant le conseil de préfecture*, 1905. HEURTÉ A., « De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les tribunaux administratifs », A.J. 1955.I.37.

(113) V. par ex. Civ. 5 janvier 1954, D. 1954.J.184. 13 novembre 1935, Mosnier, Rec. 1056 ; 18 février 1955, Société auxiliaire de distribution d'eau, Rec. 98 : « S'agissant de statuer sur une question de droit et en l'absence de toute circonstance exceptionnelle nécessitant cette mesure d'instruction, il appartenait au Conseil de préfecture de prendre parti sur la question en litige sans ordonner une expertise qui présente, en l'espèce, un caractère frustratoire ». V. également, 17 décembre 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c. demoiselle Dubreuil, Rec. 484.

caractère annexe qu'elle ne peut être demandée en dehors de toute instance principale (114).

Les principes généraux relatifs aux mesures d'instruction lui sont applicables. Elle garde dans les deux procédures un caractère facultatif pour le juge (115). Le magistrat n'est pas lié par les résultats de l'expertise. Ce principe adopté en procédure civile (116) et en procédure administrative contentieuse montre que la première procédure laisse au juge un important pouvoir d'appréciation, malgré le principe de la légalité des preuves. Les directives essentielles de la procédure d'expertise sont les mêmes dans les deux matières. Ainsi, le principe du contradictoire doit, comme nous l'avons montré, être sauvegardé dans le domaine. Le Conseil d'Etat a clairement précisé « qu'au nombre des règles générales qui s'appliquent, même en l'absence d'un texte exprès, à toutes les juridictions, figure celle d'après laquelle les résultats d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge doivent être communiqués aux parties » (117).

425. — B. *L'enquête.* — L'enquête est, encore plus directement que l'expertise, une mesure d'instruction. Elle ne cherche pas à parer à l'insuffisance de la technicité du juge, mais à l'insuffisance de son information. Elle consiste à recueillir des témoignages. Les principes généraux relatifs aux mesures d'instruction, rappelés à propos de l'expertise, s'appliquent à elle.

La procédure de l'enquête est assez particulière. En procédure administrative contentieuse (118), un jugement avant-dire droit ordonne l'enquête et indique les faits sur lesquels elle portera. Il est notifié aux parties qui doivent alors faire comparaître leurs témoins devant le tribunal. Un procès-verbal d'enquête est alors dressé, dont les parties peuvent prendre connaissance au greffe de la juridiction. L'instance principale reprend ensuite à la diligence du juge.

La procédure de l'enquête en matière civile était compliquée par d'inutiles formalités. La réforme du 22 décembre 1958 donne au juge des pouvoirs de nature inquisitoire destinés à accélérer cette mesure d'instruction. Le juge a, dorénavant, le pouvoir de fixer les délais dans lesquels les diverses formalités devront être accomplies par les parties. Sans porter atteinte à l'initiative des plaideurs, on la discipline. Dans le régime antérieur, la reprise de l'instance principale était laissée au bon vouloir des parties. A présent, les parties doivent saisir le tri-

(114) Bordeaux, 26 mars 1912, D.P. 1914.II.140. V. pour la matière des référés *supra*, p. 342.

(115) Req., 2 mars 1886, D.P. 1887.I.75 ; Civ., 24 mars 1950, D. 1950.J.398 ; 2 février 1933, Commune de Jussy c. Société normande de travaux publics, Rec. 152.

(116) Civ., 19 octobre 1944, D. 1945.J.56. V. dans le même sens, HEURTÉ, article précité.

(117) 15 mai 1937, Wuillaume, Penant 1940, p. 35, note Mauchassé.

(118) HEURTÉ A., « L'enquête devant la juridiction administrative », J.C.P. 1952.I.1047.

bunal dans le mois de la clôture de l'enquête à peine de voir l'affaire rayée du rôle. L'activité du juge se marque, d'autre part, par le pouvoir d'interroger les témoins visés par le jugement ordonnant l'enquête, sur d'autres faits que ceux intéressés par ce jugement. Le juge a également la prérogative de convoquer par lettre recommandée toute personne dont l'audition lui paraîtrait utile à la manifestation de la vérité. Ces deux derniers pouvoirs accordés au juge vont plus loin que ceux qui lui sont reconnus en procédure administrative contentieuse. En effet, dans cette matière, le juge doit observer les limites assignées à l'enquête par le jugement avant-dire droit. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé qu'un témoin ne saurait être valablement entendu sur un point non retenu par ce jugement (119). Cette limitation de l'initiative du juge retenue à une époque où la procédure civile était dans ce sens, devrait, à notre avis, être révisée dans le sens des dispositions du décret du 22 décembre 1958.

426. — C. *La visite des lieux.* — La visite des lieux — en procédure administrative contentieuse — ou la descente sur les lieux — en procédure civile — permet au juge de se rendre compte, de manière précise, de la situation et de la configuration de la chose, objet du procès. Elle est soumise au régime ordinaire des mesures d'instruction. Le juge peut l'ordonner même en dehors de toute demande des parties. D'autre part, elle garde toujours un caractère facultatif pour lui-même en présence d'une demande expresse des parties (120). Le juge l'ordonne généralement en matière immobilière ou de travaux publics.

En procédure administrative contentieuse, le juge détermine le jour et l'heure de la visite et notifie aux parties ces indications. Le juge a une attitude plus passive en procédure civile. Il doit attendre d'être requis par la partie la plus diligente. Ce n'est qu'à ce moment qu'il pourra rendre une ordonnance fixant le jour et le lieu de la descente. Cette ordonnance sera alors signifiée à l'autre partie. Ces notifications ont pour but d'assurer le caractère contradictoire de la mesure d'instruction. Un procès-verbal sera dressé des opérations effectuées.

La loi a ainsi réglementé la procédure de cette mesure d'instruction. Il en résulte que le tribunal ne peut se livrer à une visite officieuse, ou du moins, que si une telle visite a lieu, il doit s'abstenir de la mentionner dans son jugement. La Cour de cassation a précisé que le tribunal ne peut se prévaloir légalement d'une telle visite (121). Le Conseil d'Etat adopte une position analogue (122).

(119) 5 juillet 1889, Elections d'Estivareilles, Rec. 832.

(120) V. Leauté J., *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Descente sur les lieux, n° 8. 8 mai 1885, Commune de Cruas , Rec. 506 ; 9 mars 1927, Choulet Rec. 294.

(121) Civ., 2 mars 1886, D.P. 1886.I.358 ; Civ., 6 janvier 1950, D. 1950.J.279.

(122) 22 avril 1904, Barbier, Rec. 344.

427. — D. *La comparution personnelle des parties* (appelée également interrogatoire en procédure administrative contentieuse). — Elle a pour but de provoquer l'aveu de la partie interrogée. Elle peut être ordonnée par le tribunal, soit d'office, soit sur la demande des parties (123). Le Code de procédure prévoit qu'elle peut être ordonnée en tout état de cause. Le Conseil d'Etat a décidé, en l'absence de cette précision dans les textes, qu'il n'est plus possible de la prescrire après les conclusions du commissaire du gouvernement (124).

La tendance législative récente — et notamment, la loi du 23 mai 1942 — est favorable à la comparution personnelle des parties. Elle donne même au juge, comme nous l'avons déjà signalé, des pouvoirs imités de ceux dont le juge administratif dispose. Si une partie refuse de comparaître ou de répondre, le tribunal pourra « en tirer toute conséquence de droit, et notamment, faire état de l'absence ou du refus de répondre comme équivalant à un commencement de preuve par écrit... ». Le Conseil d'Etat considère au contraire avec défaveur cette mesure d'instruction, notamment lorsqu'elle concerne les membres de l'administration. Il essaie d'éviter que les tribunaux administratifs n'entrent, à l'occasion de cette procédure, en conflit ouvert avec les personnes publiques (125). L'interrogatoire des personnes privées est lui-même fort peu usité. La preuve orale garde un caractère exceptionnel devant les juridictions administratives.

428. — 2° *Les incidents relatifs à la preuve écrite.* — La preuve écrite a, dans la procédure administrative contentieuse, un plus grand champ d'application qu'en procédure civile. C'est la conséquence de l'usage très restrictif de l'élément oral dans cette matière. Certains incidents de preuve — il s'agit essentiellement de l'enquête — ont certes été transposés dans le contentieux administratif. Ils restent tout de même l'exception. L'écrit est prédominant. Il faut alors résoudre le problème de la foi à accorder à cet écrit. Est-il un simple élément d'information, vaut-il jusqu'à preuve contraire, ou bien fait-il preuve jusqu'à ce qu'une procédure spéciale ait été menée avec succès contre lui ?

La procédure civile distingue les actes sous-seing privé et les actes authentiques. Les actes sous-seing privé ne font foi que s'ils sont reconnus volontairement ou judiciairement par la procédure de la vérification d'écritures. Les actes authentiques font foi, en ce qui concerne les mentions constatées par l'officier public qui dresse l'acte, jusqu'à inscription de faux.

(123) Article 324, C. proc. civ. (loi du 23 mai 1942) ; article 36 et 45, § 2 de la loi du 22 juillet 1889.

(124) Assemblée, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon, Rec. 149.

(125) Conclusions Grévisse sur Assemblée, 11 mars 1955 précité, R.D.P. 1955, p. 995.

Dans le contentieux administratif, on ne conteste pas que ces règles soient applicables aux actes de droit privé. Mais les actes administratifs — qui sont, en général, les seuls à être produits — ne rentrent-ils pas dans la catégorie des actes authentiques et ne font-ils pas, en conséquence, foi jusqu'à inscription de faux ? La jurisprudence avait retenu autrefois cette solution, à partir d'une fausse analogie avec les règles du droit privé. Une meilleure analyse de la situation propre au droit administratif, favorisée d'ailleurs par les pouvoirs d'instruction du juge administratif, a amené un bouleversement sur ce point.

429. — A. — *L'inscription de faux.* — Elle a pour but de combattre les énonciations constatées par un officier public dans un acte du type authentique. Elle est organisée devant les juridictions civiles par le Code de procédure civile (126). Devant les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat (127), une procédure spéciale de sursis à statuer est prévue « jusqu'après le jugement du faux par le tribunal compétent ». Cette procédure avait pour conséquence de donner compétence à un tribunal judiciaire pour statuer sur un acte administratif. Aussi, à présent, le Conseil d'Etat a élaboré une procédure spéciale pour ces derniers actes.

*a) Contre les actes de droit privé.* — Devant le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs, le sursis à statuer n'est pas automatiquement prononcé, dès que l'on se trouve en présence d'une pièce arguée de faux. Le président de la juridiction saisie fixe un délai dans lequel la partie qui l'a produite, sera tenue de déclarer si elle entend s'en servir. Si la partie ne satisfait pas à cette ordonnance ou si elle déclare qu'elle n'entend pas se servir de cette pièce, cette pièce sera rejetée. Si la partie fait la déclaration qu'elle entend se servir de la pièce, la juridiction peut, soit prononcer la décision définitive si elle ne dépend pas de la pièce arguée de faux, soit ordonner qu'il sera sursis à la décision de l'instance principale. C'est dans ce dernier cas que la juridiction administrative est dessaisie au bénéfice de la juridiction civile compétente. La première phase de la procédure d'inscription de faux — celle où le tribunal décide s'il y a lieu ou non de recourir à l'inscription de faux — se déroule devant les juridictions administratives (128). Devant les juridictions judiciaires, cette phase est organisée de la même manière. La procédure se poursuit ensuite dans tous les cas devant ces dernières juridictions.

L'acte argué de faux est déposé au greffe, afin d'en éviter toute altération. Le demandeur doit ensuite signifier au défendeur ses moyens de faux. Un jugement décide alors si la preuve se fera par titres, témoins ou experts. Le tribunal a le pouvoir de décider que le demandeur n'est pas fondé dans sa demande d'inscription de faux.

(126) Article 214 et suivants, C. proc. civ.

(127) Article 38 de la loi du 22 juillet 1889 ; article 60 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

La troisième et dernière phase de la procédure a pour but la preuve du fond. Un jugement clôt définitivement la procédure en déclarant la pièce sincère ou fausse.

C'est donc une procédure extrêmement complexe qui est instituée. Le législateur a voulu éviter que les actes des officiers publics soient trop souvent remis en cause. Il est intéressant de remarquer que, dans l'espèce, l'unité des deux procédures se réalise par un transfert de compétence au juge judiciaire. Mais, c'est justement ce transfert qui a amené le Conseil d'Etat à refuser l'application de cette procédure aux actes administratifs.

*b*) *Contre les actes administratifs.* — Le Conseil d'Etat appliquait la procédure qui a été étudiée, au cas où l'acte argué de faux était un acte administratif ou la décision d'une juridiction administrative. Il estimait, en effet, qu'il s'agissait là d'actes faisant foi jusqu'à incription de faux (129). Mais cette procédure avait le grave inconvénient de remettre à l'appréciation d'un juge judiciaire, des actes ou jugements qui auraient dû relever du juge administratif. D'autre part, la transposition de la notion d'acte authentique en droit administratif n'était pas pleinement logique. C'est sur ces deux plans qu'ont porté les critiques à la solution traditionnelle.

La notion d'acte authentique avec son corollaire, l'application de l'inscription de faux, a été utilisée de manière trop extensive. Le Conseil d'Etat a longtemps été sensible à la nécessité de reconnaître aux actes, documents et jugements administratifs, une force probante analogue à celle dont bénéficient les actes passés devant notaire. Mais son tort a été de n'en apercevoir « la possibilité qu'en faisant rentrer ces actes dans le champ d'application de l'article 1317 du Code civil, ce qui avait pour conséquence, en vertu de l'article 1319, de ne permettre leur contestation que par la procédure de faux incident. Mais les notions de force probante spéciale, d'authenticité, aux fins de l'article 1317... paraissaient alors étroitement liées ; à tel point qu'un rejet de la procédure de faux incident aurait été regardée à l'époque comme ayant pour conséquence de refuser à l'acte considéré toute force probante particulière » (130).

Les textes prévoyaient, d'autre part, le sursis à statuer et le renvoi devant la juridiction compétente. Les tribunaux judiciaires estimaient qu'ils étaient seuls compétents en cette matière (131). Le Conseil d'Etat

(128) La règle du sursis à statuer était appliquée devant les Conseils de préfecture avant 1889 nonobstant l'absence de texte. V. 19 mars 1845, Ministre de la guerre c. Parodi, Rec. 127.

(129) V. pour un acte administratif, 10 février 1943, dame veuve Crausac, Rec. 37 ; pour un jugement d'une juridiction administrative, 10 avril 1935, Canal, Rec. 496 ; 23 juillet 1938, Boulineau, Rec. 735 ; 7 septembre 1945, Horrie, Rec. 106 ; pour un procès-verbal d'adjudication, 4 février 1887. Commune d'Estivaux, Rec. 94.

(130) Conclusions Landron sur Section, 30 septembre 1955, R.P.D.A. 1956, p. 81.

(131) Alger, 16 février 1910, D.P. 1912.II.28 ; v. également Douai, 6 juin 1853, D. 1855.II.314.

statuait dans le même sens. Or, « il est contraire au principe de la séparation des juridictions administratives et judiciaires, qu'un tribunal civil puisse apprécier l'exactitude des mentions portées dans la minute d'une décision rendue par un tribunal de l'ordre administratif » (132).

Ces deux critiques ont amené un revirement de jurisprudence. Deux arrêts ont annoncé cette modification. Le 28 février 1947 (133), le Conseil d'Etat, après avoir affirmé que les énonciations d'un décret font foi jusqu'à inscription en faux, avait opposé au requérant qu'il n'avait pas déclaré s'inscrire en faux, conformément aux dispositions de la loi ; en conséquence, les arguments par lui invoqués en vue d'établir que le décret attaqué était antidaté ne pouvaient être retenus. La Haute Assemblée admettait donc implicitement que de tels arguments pouvaient être présentés devant elle. Une décision du 20 février 1948 (134) se situait dans la même perspective. Pour la première fois, elle n'avait pas affirmé que les actes administratifs faisaient foi jusqu'à inscription de faux. Elle s'était bornée à rejeter le pourvoi au motif que le requérant n'avait pas apporté la preuve contraire. Dans une décision du 5 mai 1950 (135), le Conseil d'Etat estime que la procédure d'inscription de faux n'est pas applicable au cas où l'acte argué de faux est l'acte même dont le requérant prononce l'annulation. Il va ensuite étendre cette solution à tous les actes (136) ou pièces (137) administratifs, ainsi qu'à tous les jugements (138) des juridictions administratives, pour lesquels un contrôle des tribunaux judiciaires contredit le principe de séparation.

Le Conseil d'Etat estime qu'il est impossible à une juridiction administrative de surseoir à statuer pour renvoyer dans ces cas devant les tribunaux judiciaires. Il lui a, d'autre part, paru impossible d'instaurer devant les juridictions administratives, en l'absence de texte, une telle procédure. Ne voulant pas reconnaître une valeur absolue aux actes et jugements en cause, il a donc été obligé de modifier sa première position, quant à la force probante des actes administratifs. « Dans cette conjoncture embarrassante, ne pouvant juger lui-même le faux, et ne voulant ni commettre un déni de justice, ni reconnaître la compétence judiciaire qui contreviendrait en ce cas au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, le Conseil d'Etat s'est trouvé contraint à la solution, à première vue paradoxale,

(132) Conclusions Jacomet sur Assemblée, 4 mars 1955, dame veuve Sticotti, R.D.P. 1955, p. 733.

(133) 28 février 1947, Jammes, Rec. 82, J.C.P. 1948.II.4284, note Fréjaville.

(134) 20 février 1948, Ferrandi, Rec. 88 J.C.P. 1948.II.4284, note Fréjaville.

(135) Section, 5 mai 1950, Paloque, Rec. 252, D. 1950.J.757, note Rolland L.

(136) Section, 1er avril 1955, Delarue, Rec. 195, R.D.P. 1955, p. 992, note Waline.

(137) Section, 20 septembre 1955, Leroux, R.P.D.A. 1956, p. 81, conclusions Landron ; 3 mai 1957, Vaillant, Rec. T. 996.

(138) Assemblée, 4 mars 1955, Athias, Rec. 129, R.D.P. 1955, p. 745, conclusions Jacomet.

de déclarer toutes les fois qu'un texte formel ne l'en empêche pas, qu'un acte argué de faux devant lui ne fait, en réalité, foi que jusqu'à preuve contraire, et à éliminer de sa procédure l'inscription de faux (139) ». Cette jurisprudence n'est applicable qu'aux jugements, actes et pièces administratifs. Elle ne peut être retenue dans le cas où une loi prévoit expressément que les mentions de tels actes font foi jusqu'à inscription de faux.

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'aboutit pas à soumettre au droit commun la preuve contre de tels actes. Le juge « apportera une certaine rigueur dans l'examen de la preuve contraire à produire contre un tel acte, rigueur qui, même sans s'exercer dans les formes prévues en matière civile pour le faux incident, comportera des garanties équivalentes quant à la valeur et à la stabilité de l'acte » (140). Des « présomptions graves, précises et concordantes... seules pourraient suppléer à l'absence de toute document décisif » (141). La Haute Assemblée instaure ainsi, à notre avis — et bien qu'elle s'en défende (142) — une procédure particulière très comparable à l'inscription de faux. Certes, la complexité des formes de la procédure civile n'est pas introduite dans le contentieux administratif. Les pouvoirs d'instruction du juge administratif expliquent cette simplicité de formes. La juridiction commettra un de ses membres pour observer la minute de l'acte argué de faux (143). Mais la preuve particulière pesant sur le demandeur qui entend contester les mentions de l'acte est comparable à celle que le requérant en inscription de faux doit apporter. Une force particulière est attachée, malgré les affirmations du Conseil d'Etat, à l'acte ou jugement administratif. C'est, en fait, un acte authentique qui, étant administratif, ne peut se voir déférer à la juridiction civile.

430. — B. — *La vérification d'écritures.* — Elle tend à faire reconnaître en justice l'écriture ou la signature des actes sous-seing privé.

(139) Note Waline précitée.

(140) Conclusions Landron précitées.

(141) Conclusions Fournier sur Section, 12 novembre 1958, Syndicat de la raffinerie de soufre française et autres, A.J. 1959.II.13 (spécialement, p. 14 *in fine* B). « La thèse ainsi exposée ne manque pas de vraisemblance mais pour que vous l'adoptiez, de simples vraisemblances ne suffisent pas. Les arrêtés attaqués portent la mention « après avis du comité national des prix » et ils font foi, jusqu'à preuve contraire. Cette preuve, les requérants ne vous la fournissent pas. Vous ne trouvez pas dans le dossier les présomptions graves, précises et concordantes qui seules pourraient suppléer à l'absence d'un document décisif. Le moyen doit donc être lui aussi rejeté. »

(142) V. les conclusions Landron précitées.

(143) V. par ex. Assemblée, 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Rec. 434, « Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment de l'examen de la minute même du décret n° 53.404 du 11 mai 1953 attaqué, vérifiée au siège de la présidence du Conseil des Ministres par un membre de la première sous-section de la section du contentieux, que ledit décret a été pris sur le rapport de tous les ministres intéressés dont il porte les signatures ; qu'il a été aussi revêtu de la signature du secrétaire d'Etat à l'Air; qu'ainsi, le moyen invoqué manque en fait ».

Elle existe devant les tribunaux administratifs, l'article 37 de la loi du 22 juillet 1889 l'ayant organisée. Comme l'inscription de faux, la vérification d'écritures n'est pas obligatoire pour le juge : il ne l'ordonnera que s'il y a vraiment contestation et s'il estime qu'elle peut être utile à la solution de l'affaire. En procédure civile, la preuve peut se faire par titres, témoins ou experts. Ce dernier moyen est plus fréquemment employé. C'est le seul possible en procédure administrative contentieuse (144). Les formalités de la vérification sont, dans cette dernière procédure, très simplifiées. En procédure civile, un dépôt de la pièce au greffe est nécessaire. Dans les deux matières, l'expertise a lieu devant un juge spécialement désigné à cet effet.

Si la sincérité est établie, l'acte sera considéré avoir valeur authentique. Il ne pourra plus être contesté que par la procédure de l'inscription de faux. Dans le cas contraire, le demandeur ne pourra pas s'en prévaloir.

Bien que prévue expressément par un texte, la vérification d'écritures ne peut avoir d'occasions de s'appliquer dans le contentieux administratif. Elle est inapplicable aux actes administratifs puisque le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs ont instauré une procédure spéciale pour ces actes. Quant aux actes de droit privé, le principe de séparation doit s'opposer à ce qu'ils soient « vérifiés » par le juge administratif. Ce principe a entraîné la soustraction des actes administratifs à la procédure judiciaire de l'inscription de faux. Il doit de même soustraire à l'appréciation du juge administratif la sincérité des actes de droit privé.

431. — Les modes de preuve, en procédure administrative contentieuse, tout en restant très proches de ceux employés en procédure civile, gardent un aspect original : tout d'abord, à raison de la préférence du juge administratif pour l'écriture ; d'autre part, à cause du principe de la liberté des preuves retenu dans cette matière. Cette double originalité est fonction de la personnalité particulière des parties à l'instance administrative. La présence, dans cette instance, des personnes publiques fait considérer avec défaveur certains modes de preuves, tels que la comparution personnelle. Elle encourage, au contraire, l'emploi de procédés d'instruction plus souples, tels que les demandes de communication de documents à l'administration.

432. — La différence entre les deux procédures, dans le domaine de l'instruction, est très caractérisée. Elle se justifie par la présence des personnes publiques en procédure administrative contentieuse. Dans cette dernière matière, les pouvoirs du juge ne sont pas uniquement destinés à accélérer le déroulement de l'instance. Ils visent à rétablir

(144) Article 37 de la loi du 22 juillet 1889, «Le tribunal peut ordonner une vérification d'écritures par un ou plusieurs experts qu'il nomme, en présence d'un des membres du tribunal qu'il nomme à cet effet».

l'égalité dans l'instance entre deux plaideurs. L'orientation actuelle de la procédure civile est d'accroître les pouvoirs du juge dans le domaine de l'instruction. La procédure suivie en matière administrative contentieuse sert d'inspiration à ce courant législatif. *Mais les pouvoirs ainsi accordés au juge civil n'ont pas le même sens que ceux reconnus au juge administratif.* Ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils visent à rétablir l'égalité entre deux parties dont l'une est particulièrement défavorisée en matière de preuves. A l'ordinaire, *ils tendent* plus *simplement à permettre au juge de lutter contre l'inertie des plaideurs ou contre leurs manœuvres dilatoires. Même si on le consacre définitivement en procédure civile, le pouvoir de direction du juge sur l'instance n'aura pas le même sens qu'en procédure administrative contentieuse.*

## Section II

### Le juge dispose de pouvoirs pour donner à sa conviction force juridique.

433. — Le juge peut mettre un terme à l'instance : c'est là l'objet même de sa fonction. En général, lorsqu'il clôt l'instance, il met fin par là même au litige. La procédure et le fond coïncident alors. Il peut cependant arriver que la solution de l'instance et celle du litige soient dissociées. L'instance arrive, dans ce dernier cas, à son terme sans que le litige soit tranché. En procédure administrative contentieuse, une telle fin « procédurale » de l'instance se réalise sous l'impulsion du juge. Le juge administratif ayant le droit de demander des communications aux parties a le pouvoir, si elles refusent de déférer à son injonction, de décider qu'il y a « non lieu de statuer en l'état » (145). En procédure civile, cette clôture procédurale de l'instance n'est pas exercée spontanément par le juge. Le Code de procédure prévoit que, lorsqu'un certain délai s'est écoulé sans qu'aucun acte de procédure n'ait été effectué, la partie la plus diligente pourra demander au juge d'ordonner la péremption d'instance (146). Une divergence existe donc, entre les deux procédures, sur le plan de la clôture « procédurale » de l'instance. L'autonomie des pouvoirs du juge administratif l'explique.

Dans le domaine de la clôture « au fond » de l'instance, juge administratif et juge civil se retrouvent armés des mêmes pouvoirs. Le juge

(145) 15 février 1956, Hospital, A.J. 1956.II.65 ; 11 février 1959, Laffond, A.J. 1959.II.57. Nous avons vu que le juge administratif peut également, dans de tels cas, sanctionner l'inertie d'un plaideur en accordant l'objet du litige à l'autre.

(146) V. sur ce point Cuche et Vincent, « Procédure civile et commerciale », Dalloz, 11e édition, 1958.

donne à sa conviction force juridique grâce *à l'autorité de la chose jugée*. La formulation juridique de la conviction du juge s'impose aux parties à l'instance. Elle met un terme à l'instance et au litige. Mais les pouvoirs du juge sont différents selon qu'ils s'exercent dans l'instance principale ou dans les instances dérivées. Dans son premier examen de l'affaire, le juge n'est saisi que d'un litige. Dans les instances dérivées — notamment en appel et en cassation — le juge est saisi à la fois d'un litige et d'un jugement. En appel, il doit à la fois résoudre le litige et contrôler le jugement. En cassation, il contrôle le jugement sans résoudre le litige. Les pouvoirs du juge s'exercent toujours dans le cadre des conclusions des parties (147), mais les exigences de la solution du litige et du contrôle juridictionnel sont telles que le cadre dans lequel la chose jugée va s'exercer est limité par la nature même des instances dérivées. Aussi, après avoir étudié le droit commun de la chose jugée, nous examinerons le champ d'application particulier de la force juridique de la conviction du juge dans les instances dérivées.

Le juge administratif s'en tient dans ce domaine de la chose jugée à une prudence particulière. Nous constaterons qu'il refuse de s'immiscer dans l'action de l'administration. Ce qui donne un contenu particulier à la chose jugée en procédure administrative contentieuse.

## Sous-Section I

## Le droit commun de l'autorité de la chose jugée.

Le cadre dans lequel s'exerce la chose jugée est délimité par les conclusions des parties. Mais le juge est libre de donner au litige la solution qui lui semble la meilleure. La présence de l'administration limite cependant les pouvoirs du juge en procédure administrative contentieuse.

### § I. — Le contenu de la chose jugée.

434. — Le juge, tout en restant dans la limite des conclusions des parties, est, en règle générale, libre de traduire sa conviction juridique. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, cependant, les pouvoirs du juge sont doublement limités. Il ne peut que prononcer l'annulation de l'acte qui lui est déféré. Il doit se borner à rechercher si l'acte qui lui est déféré est contraire ou conforme à la légalité.

Une autre particularité de la procédure administrative contentieuse se retrouve à l'égard des mesures que peut contenir le jugement pour

(147) V. *supra*, p. 139.

assurer son exécution. En procédure civile, en plus de la formule exécutoire, le jugement peut prononcer des astreintes, c'est-à-dire des condamnations comminatoires à des sommes d'argent en cas de refus d'exécution. Le Tribunal des conflits a même reconnu au juge civil le pouvoir de prononcer des astreintes contre une administration publique (148).

Le juge administratif s'était refusé, de manière absolue, ce pouvoir par une décision Le Loir du 27 janvier 1933 (149). Le juge « ne saurait intervenir dans la gestion du service public en adressant sous une menace de sanction pécuniaire des injonctions, soit à l'administration, soit à ceux qui ont contracté avec elle, à l'égard desquels elle dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution dudit service ». Ce refus d'ordonner des astreintes était prononcé aussi bien à l'égard de l'administration que des particuliers.

La décision de Loir reste toujours valable à l'égard de l'administration. Le juge administratif a le souci de ne pas entraver la marche des services publics. Il estime, d'autre part, que le principe de la séparation de l'administration active et du juge lui interdit de prononcer des astreintes contre les personnes publiques. « Il lui est interdit d'adresser des injonctions à l'administration et de sortir ainsi de son rôle de juge en s'immisçant dans la gestion du service. Encore moins ne peut-il formuler cette injonction sous menace d'une sanction pécuniaire » (150).

A l'égard des personnes privées, au contraire, la décision Le Loir n'était plus applicable. Elle reposait, en effet, sur un postulat : celui que l'administration est armée à l'égard des particuliers « de pouvoirs suffisamment puissants pour que le procédé imaginé par le juge civil soit sans utilité » (151). Or, l'administration ne dispose pas toujours de pouvoirs suffisants à l'égard des particuliers. L'étude de l'introduction de l'instance nous a montré que l'administration était, dans certains cas, amenée à se porter demanderesse en raison de l'insuffisance de ses pouvoirs (152). Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il été amené à réviser la décision Le Loir. Dans une espèce, Office public d'H.L.M. (153), la Haute Assemblée constate « que s'il n'appartient pas au juge admi-

(148) T.C., 17 juin 1948, Manufacture des Velours et Peluches, D. 1948.J.377, note P.L.J. ; R.D.P. 1948, p. 581, note Waline, J.C.P. 1948.II.4437, note George ; S. 1950.III.1, note Mathiot.

(149) 27 janvier 1933, Le Loir, D. 1934.III.68 conclusions Detton, S. 1933.III.132, conclusions Detton. V. également, 26 juin 1929, Compagnie générale des eaux, Rec. 622 ; 14 mars 1934, Société de biscuiterie Cauvy et autres, 6e espèce, Rec. 339.

(150) Conclusions Detton précitées.

(151) Conclusions Detton précitées.

(152) V. *supra* p. 29.

(153) Section 13 juillet 1956, Office public d'habitations à loyer modéré du département de la Seine, Rec. 343, conclusions Chardeau. V. l'arrêt précurseur, 20 avril 1956, Ville de Nice, R.D.P. 1956, p. 582, conclusions Long, A.J. 1956.II 266, note P. Weil ; v. également les exemples cités par R. Odent, *Contentieux administratif*, 1957-58, fascicule II, p. 585.

nistratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son co-contractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer à l'encontre du co-contractant de l'administration une condamnation sous astreinte à une obligation de faire ». Le pouvoir d'ordonner des astreintes à l'égard d'un particulier est ainsi reconnu lorsque l'administration ne dispose pas de pouvoirs suffisants.

435. — La considération de l'intérêt défendu par les personnes en cause justifie la solution retenue en matière administrative. Il existe en procédure administrative contentieuse deux solutions, l'une s'appliquant aux personnes privées : les deux procédures se rejoignent alors, l'autre s'appliquant aux personnes publiques : les deux procédures retiennent alors des solutions divergentes. Comme l'a justement montré M. P. Weil (154), le Conseil d'Etat fait preuve d'une trop grande timidité à l'égard des personnes publiques. Lorsque l'administration se refuse à exécuter la chose jugée, la Haute Assemblée « ne devrait plus avoir de scrupules ». Elle devrait prononcer des astreintes.

### § II. — Les effets de la chose jugée.

436. — La chose jugée s'impose avec force de vérité légale. Cet aspect de la chose jugée a été examiné dans l'étude du cadre de l'instance (155). Ce qui est remarquable dans le domaine de la solution du litige dans le cadre de la loi, c'est que la chose jugée est la manifestation d'un pouvoir propre du juge en réponse à celui dont dispose le demandeur d'introduire l'instance. Le demandeur a créé l'instance. Il l'a mise en mouvement. Le juge met un terme à l'intance et au litige grâce à la chose jugée. Le demandeur avait consacré la saisine du juge en l'obligeant à statuer. La chose jugée consacre le dessaisissement du juge.

La chose jugée est remarquable parce qu'elle est la manifestation, à la fois du pouvoir du juge, et de l'épuisement de ce pouvoir. « La sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge ». Ainsi, un tribunal administratif commet un excès de pouvoir lorsqu'ayant rendu une décision définitive, il statue à nouveau sur la même réclamation par voie de révision de son précédent arrêté (156). Le même principe est admis

(154) P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1952, p. 61.

(155) V. *supra*, pp. 122, 126 et suiv.

(156) 19 décembre 1855, Laboureix, Rec. 753 ; 30 janvier 1867, Commune de Villamblain, Rec. 112 ; 4 avril 1873, Commune d'Agetman, Rec. 317.

en matière civile. « Les pouvoirs du juge sont expirés quand il a prononcé sa décision et toute modification apportée ultérieurement au dispositif du jugement est contraire à l'autorité de la chose jugée » (157).

Les seules exceptions que connaisse le principe du dessaisissement du juge proviennent de l'existence des voies de rétractation, telles que l'opposition. Juge civil et juge administratif se reconnaissent, d'autre part, le pouvoir d'interpréter leur sentence lorsque quelque ambiguïté s'y est glissée (158).

## Sous-section II

### Le champ d'application particulier de la chose jugée dans les instances dérivées.

437. — Dans l'instance principale, le cadre dans lequel va jouer la chose jugée est tout entier déterminé par la demande des parties. Dans les instances dérivées, la nature même de la mission du juge délimite la portée de la chose jugée. En appel, le juge est saisi à la fois d'un litige et d'un jugement ; en cassation, il n'est saisi que d'un jugement. La fonction de l'appel et de la cassation introduit des aspects particuliers dans les pouvoirs dont est investi le juge pour statuer.

La procédure administrative contentieuse présente en ce domaine quelque originalité par rapport à la procédure civile. Le plus important de ces traits d'originalité tient à une certaine confusion entre l'appel et la cassation. Le Conseil d'Etat est juge de cassation, mais il joue aussi le rôle de Cour d'appel de droit commun unique pour tout le territoire. Qu'il statue en appel ou en cassation, le Conseil d'Etat est tenté d'exercer le même magistère suprême sur les tribunaux inférieurs. Le Conseil d'Etat statuant en appel se reconnaît ainsi le pouvoir de régler le conflit de jugements au fond (159). Ce qui devrait être l'objet même de la mission du juge de cassation.

L'étude des pouvoirs du juge d'appel et du juge de cassation, dans les deux procédures, permettra de percevoir les conséquences précises de la confusion partielle de l'appel et de la cassation en procédure administrative contentieuse.

(157) Civ., 26 juillet 1921, D. 1925.I.46, cité par Morel, *op. cit.*, p. 447.

(158) 26 juillet 1912, Compagnie d'Orléans et du Midi, Rec. 889, conclusions Riboulet, Req., 11 février 1947, D. 1947.J.198.

(159) Section, 5 mai 1950 Hounicheren, Rec. 266, S. 1951.III.26, conclusions Barbet ; Assemblée, 11 mai 1959, Miret, D. 1959.J.397, note Drago.

### § I. — Les pouvoirs du juge d'appel.

438. — La fonction normale du juge d'appel est de donner aux parties la garantie d'un nouvel examen du litige, objet de l'instance principale. Sa situation n'est cependant pas exactement la même que celle du juge de l'instance principale. Sa mission essentielle est bien la solution du différend qui oppose les parties. Mais, il se distingue du juge de l'instance principale parce qu'il doit connaître également de la régularité du jugement, fruit de l'activité du premier juge. Il contrôle ce jugement, en tant qu'il a donné une solution au litige. C'est l'objet même de l'appel. Mais il contrôle également le jugement en tant que tel, c'est-à-dire, en tant que manifestation de l'activité procédurale du juge et des parties.

Le juge d'appel a donc une mission d'examen du fond du litige. En cela, il se rapproche du juge de l'instance principale. Mais il a également la charge de contrôler la forme dans laquelle le juge du premier ressort a statué. Il exerce alors une activité spécifique.

La distinction de ces deux aspects de l'activité du juge d'appel apparaît comme fondamentale pour comprendre les modalités de la saisine du juge de l'instance dérivée. Elle permet de déterminer le cadre dans lequel le juge est tenu de statuer et celui où il est, au contraire, libre d'exercer ou non son activité juridictionnelle. Seule une prérogative autonome du juge explique dans ce dernier cas l'étendue de son jugement. Mais cette prérogative n'entraîne pas pour autant le juge en dehors du cadre fixé par les parties pour l'instance incidente en appel. Que son pouvoir soit lié ou discrétionnaire, le juge ne peut statuer valablement que s'il est saisi de conclusions des parties. Les pouvoirs dont le juge est investi pour mettre un terme à l'instance en appel ne lui permettent pas de statuer *ultra petita*. Nous verrons que s'ils lui permettent de statuer parfois *infra petita*, c'est à raison de la nature même de l'appel.

439. — 1°) *Le juge est, en principe, saisi par l'effet dévolutif* (160) *de l'appel de l'entier litige soumis au juge de première instance.* — Le juge d'appel va avoir à exercer sa juridiction sur la même matière que le juge de première instance. Objet, cause et parties seront, en principe, les mêmes qu'en premier ressort. Certes, il n'en est ainsi que dans la mesure où les parties reprennent en appel leurs conclusions de première instance (161). Mais, dès que celles-ci introduisent leur appel, le juge de premier ressort est définitivement dessaisi. Corrélativement, le juge d'appel est habilité pour en connaître par suite du jeu de l'effet dévolutif. « La dévolution remet en question toute la cause, toutes les

(160) Ameilhaud G., *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1942.

(161) V. *supra*, p. 99.

prétentions antérieurement débattues devant les premiers juges, toutes celles du moins sur lesquelles l'appel est interjeté » (162). L'examen du juge d'appel qui peut être, à raison des conclusions des parties, moins étendu que celui de premier ressort, peut dans d'autres cas s'étendre à des points non discutés en première instance. Il en est ainsi lorsque les conclusions des parties étendent le champ du débat ; dans la mesure, cependant, où une telle extension est licite.

440. — C'est en dehors de tout texte que s'est construite, *en procédure civile*, la théorie de l'effet dévolutif. La jurisprudence n'a jamais hésité à proclamer son existence. Pour la Cour de cassation, l'appel a pour conséquence « par son effet dévolutif, d'attribuer la connaissance de la cause au juge du second degré ». (163). Le juge est donc investi, en l'absence de conclusions limitatives des parties, de l'entier litige sur lequel le juge de première instance a statué. Il dispose des mêmes pouvoirs que le premier juge. S'il estime sa conviction établie, il pourra se prononcer sans être lié en aucune manière par le jugement de premier ressort. Il pourra, au contraire, ordonner les mesures d'instruction nécessaires à l'établissement des faits contestés, et ce, quelles que soient les mesures ordonnées par les premiers juges (164). Il n'est même pas lié par les appréciations de droit de ces derniers. Le juge d'appel a donc les mêmes pouvoirs que ceux du juge de premier ressort.

Il a également les mêmes obligations. Saisi par l'effet dévolutif du litige, il doit le juger. Il doit clore l'instance dérivée par un jugement qui donne une solution à l'intégralité de la question qui lui est soumise (165). La saisine de la juridiction d'appel par l'effet dévolutif est obligatoire. Le juge ne peut renvoyer l'affaire devant le tribunal de premier ressort (166). La Cour de cassation proclame ainsi « que le juge d'appel se trouve investi de plein droit de l'entière connaissance du litige par l'effet dévolutif de l'appel lorsque la décision qui lui est déférée a statué sur le fond du débat, qu'il a l'obligation de statuer lui-même au fond et ne saurait renvoyer les parties à se pourvoir comme elles aviseront, sauf le cas où il se déclare incompétent » (167). En l'espèce, le juge d'appel réformant la décision de première instance s'était borné à renvoyer les parties à se pourvoir. La Cour suprême casse ce jugement. Le principe selon lequel l'effet dévolutif a un caractère obligatoire pour la juridiction d'appel ne s'applique évidemment pas si les parties sont d'accord pour demander le renvoi en premier

(162) Ameilhaud, *op. cit.*, p. 36.
(163) Civ., 6 août 1906, S. 1906.I.503.
(164) Civ., 22 juin 1950, Bull. civ. IV.359.
(165) Req., 8 décembre 1885 S. 1885.I.357 ; Civ., 27 mai 1952, Bull. civ. IV.147.
(166) Civ., 26 décembre 1910, S. 1912.I.89, note Wahl ; Civ., 19 mars 1913, S. 1913.I.439, D.A. 1943.13 ; Civ., 4 juin 1957, D. 1957.J.579.
(167) Civ., 20 mai 1949, D. 1949.J.446; Civ., 3 mars 1950, Bull. civ. IV.153 ; Civ., 26 juin 1959, Bull. civ. 1959.IV.652.

ressort (168). Dans tout ce domaine, le cadre de l'instance fixé par les parties a plus de raisons de s'imposer que les pouvoirs du juge.

Le cadre dans lequel l'effet dévolutif s'exerce est celui fixé par l'appelant incident. Si l'appel n'est que partiel et qu'il n'y a pas d'appel incident, le juge devra veiller à ne pas s'écarter des limites déterminées par l'acte d'appel (169). Mais, si les parties appelantes ne précisent pas l'étendue de leur recours, le juge sera saisi de l'intégralité du litige de première instance. En la matière, seule importe l'étendue de l'acte d'appel original (170). Si celui-ci ne fixe pas des limites à la saisine du juge du second degré, des conclusions ultérieures ne pourront restreindre la portée de l'acte d'appel. « L'appel lie le débat devant la Cour lorsqu'il porte sur tous les faits qu'embrassait la demande introductive d'instance ; ...par l'effet dévolutif de cet appel, la Cour se trouve investie de la même étendue, de la même plénitude de juridiction que l'avait fait pour les juges inférieurs l'acte primitif d'ajournement ; ...en pareil cas, la Cour, sur la demande de l'une des parties, est tenue de statuer au fond, nonobstant la volonté de l'appelant de ne s'expliquer que sur un moyen de forme » (171). Cette jurisprudence s'explique par les principes même qui gouvernent la règle de l'effet dévolutif. C'est l'appel qui dessaisit le juge de premier ressort et qui investit le juge d'appel du pouvoir de statuer sur la cause. Il faut donc assigner des limites à cet appel au moment même où on le forme, à peine de voir la saisine du juge définitivement consacrée sur l'entier litige. Il ne faut donc pas voir dans cette jurisprudence la reconnaissance d'un pouvoir autonome au bénéfice du juge lui permettant de s'écarter du cadre de l'instance déterminé par les parties.

441. — L'appel se voit également reconnaître en procédure administrative contentieuse, effet dévolutif. Le Conseil d'Etat a précisé, depuis 1953, sa doctrine en matière d'effet dévolutif (172). Des décisions plus anciennes font cependant mention de cet effet. Ainsi, le Conseil d'Etat précise, le 22 avril 1932, qu'il est saisi par « l'effet dévolutif de l'appel de l'ensemble des faits invoqués devant le conseil de préfecture » (173). Comme en matière civile, le juge est investi de l'intégralité des pouvoirs du juge de première instance. Il n'est pas lié par le terrain juri-

(168) Civ.. 21 octobre 1952, J.C.P. 1952.IV.169.

(169) V. Civ., 2 avril 1930, D.H. 1930.516 ; Civ., 25 janvier 1949, J.C.P. 1949.IV.1150 ; Civ., 3 juillet 1958, D. 1958.J.546 ; Civ., 5 novembre 1958, Bull. civ. 1958.II.459.

(170) Civ., 5 juillet 1951, Bull. civ. IV.386 ; Civ., 23 juillet 1951, Bull. civ. III.189. V. Raynaud, *L'effet dévolutif de l'appel et l'application d'une loi nouvelle aux instances en cours*, J.C.P. 1942.I.291.

(171) Alger, 22 juillet 1908, S. 1909.II.134, v. également Civ., 28 avril 1903, S. 1903.I.296 et Ameilhaud, *op. cit.*, pp. 92-93.

(172) Letourneur M., « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », E.D.C.E. 1958, p. 59.

(173) 22 avril 1932, Elections de Bologna, Rec. 411.

dique sur lequel se sont placés les premiers juges (174). Il peut tenir compte d'autres faits que ceux évoqués en premier ressort. Lorsque des faits nouveaux sont apparus depuis le premier jugement, le juge d'appel pourra les invoquer dans sa décision (175). Le juge d'appel pourrait également ordonner des mesures d'instruction nouvelles.

Mais, lorsque ce juge est le Conseil d'Etat, il hésite à recourir à de telles mesures. Etant un juge d'appel *unique*, il se trouve, par ce fait même, éloigné des justiciables. Les mesures d'instruction seraient donc particulièrement lourdes pour la Haute Assemblée dont le rôle est déjà bien encombré. Aussi, la nécessité fait-elle fléchir un des caractères fondamentaux de l'effet dévolutif.

En principe, le juge d'appel n'est jamais tenu de statuer sur le litige qui lui est transmis par la voie de l'effet dévolutif. Il *peut* juger l'intégralité de l'affaire ou statuer seulement sur une partie de celle-ci. Dans ce dernier cas, il renverra la fraction du litige qui n'a pas été jugée devant le juge de première instance. Ainsi, lorsque l'état de l'instruction ne permet pas d'évaluer le préjudice, le Conseil d'Etat renvoie l'affaire devant le tribunal administratif pour y être statué sur l'indemnité qui devra réparer ce préjudice (176). Devant le juge de renvoi, ce n'est pas une instance nouvelle qui commence, *mais l'instance en appel qui continue*. Le juge du renvoi ne peut statuer que sur les points renvoyés par le juge d'appel. Les parties sont limitées par le fait que le juge de renvoi est considéré comme un juge d'appel. Or, devant un tel juge, des demandes nouvelles ne peuvent être présentées. Des demandes nouvelles ne peuvent donc être présentées devant le

(174) 28 novembre 1956, dame Schulh, Rec. 450.

(175) V. par ex., 14 mai 1956, Ville de Paris et sieur Urbach, Rec. 207 (augmentation d'une indemnité compte tenu de l'aggravation du préjudice depuis le jugement de première instance).

(176) 17 décembre 1956, dame veuve Cousin, R.D.P. 1957, p. 336. V. également, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, S. 1916.II.17, note Hauriou, observations Duguit, *Revue politique et parlementaire*, 1916, p. 264 ; Duguit a critiqué le renvoi en soutenant que l'effet dévolutif doit toujours être obligatoire. « L'appel d'une décision au fond dessaisit entièrement et définitivement de l'affaire la juridiction de premier ressort, et la connaissance exclusive et complète du procès appartient à la juridiction d'appel. » Il a également précisé que le juge ne peut statuer *infra petita* : « Le juge ne peut que statuer sur les conclusions des parties ; mais il doit dans le dispositif de sa décision statuer sur toutes leurs conclusions supposées d'ailleurs recevables ». De plus, « Les juridictions sont indépendantes et une juridiction supérieure ne peut imposer une solution à une juridiction inférieure ». Les objections de Duguit sont, certes, conformes aux principes de l'effet dévolutif. Elles ne tiennent pas assez compte de la position particulière du Conseil d'Etat juge d'appel unique. Aussi, la jurisprudence a-t-elle toujours maintenu la solution du renvoi. V. 5 juin 1929, Ministre des Travaux publics c. de Saint-Victor, Rec. 533 ; 4 janvier 1958, Adriansen, Rec. 12 (dans cette affaire, le juge d'appel étant la Chambre supérieure de discipline de l'Ordre des vétérinaires, elle aussi juge d'appel unique, le Conseil d'Etat qu'elle a pu renvoyer) ; 27 mai 1957, Denis, Rec. 351.

juge de renvoi (177). La réglementation jurisprudentielle du renvoi montre bien que celui-ci n'est qu'une modalité d'exercice de l'effet dévolutif par la juridiction d'appel.

Le juge d'appel est le plus souvent le Conseil d'Etat. A la différence des cours d'appel réparties sur l'ensemble du territoire, le Conseil d'Etat est un juge unique. Il est mal placé pour effectuer des mesures d'instruction. Il se considère comme saisi par l'effet dévolutif. S'il ne peut exercer la totalité des pouvoirs dont il est investi par le jeu de l'effet dévolutif, il les déléguera en partie au juge de premier ressort. Ce dernier sera, par l'effet de cette délégation, et dans la mesure de celle-ci, considéré comme un juge d'appel saisi par l'effet dévolutif. Le principe est donc, en matière administrative, du caractère facultatif de l'effet dévolutif pour la juridiction d'appel. Il arrive même que le juge d'appel se décharge de sa mission non pas sur le juge de première instance, mais sur l'administration. Ainsi, lorsqu'une évaluation n'a pas été faite, il renvoie devant le ministre. Mais ce renvoi lie plus encore l'administrateur que le juge de première instance. Le juge fixe au premier les règles qui doivent le guider dans son appréciation. Il statue, d'autre part, sous cette réserve du renvoi, sur l'ensemble des prétentions des parties (178). Il faut admettre que lorsque le juge d'appel renvoie une question devant l'administration au lieu de la renvoyer devant un juge, il reste saisi du point renvoyé pour instruction. De sorte que, si une difficulté s'élève entre le ministre et le particulier, le juge d'appel pourra la trancher sans qu'il soit nécessaire de passer par le premier ressort.

Facultatif, en principe, l'effet dévolutif retrouve son caractère obligatoire dans le contentieux disciplinaire. Le juge d'appel disciplinaire « saisi d'un appel interjeté contre la décision qui a été rendue au fond dans des conditions régulières par une juridiction disciplinaire de premier ressort ne peut pas se borner, après avoir annulé cette décision, à renvoyer l'affaire devant les premiers juges, *...eu égard à la nature*

(177) Section, 22 mai 1931, Ville de Maintenon, Rec. 562. Lorsque le Conseil d'Etat saisi d'un appel contre un arrêté du conseil de préfecture accordant une indemnité pour charges extracontractuelles renvoie les parties devant ce conseil de préfecture pour supplément d'expertise, le concessionnaire n'est pas recevable à demander à la suite du renvoi une indemnité plus forte que celle réclamée lors du premier litige. Cet arrêt est conforme à la position que le Conseil d'Etat adopte lorsque, saisi par l'effet dévolutif, il ordonne une expertise devant lui. Il précise alors « sans que la condamnation à intervenir contre la compagnie puisse excéder le montant des conclusions prises par la ville devant le conseil de préfecture (4 novembre 1927, Ville d'Elbeuf, Rec. 1015).

(178) 11 juillet 1945, Société des torpilles de Saint-Tropez, Rec. 157, « Considérant que l'état du dossier ne permet de déterminer ni la consistance, ni la valeur de cette catégorie particulière de biens, et qu'il y a lieu, par suite, de renvoyer la société devant le ministre pour une nouvelle évaluation de ces biens conformément aux règles ci dessus définies. Mais considérant que, sous réserve de cette évaluation complémentaire, il y a lieu de statuer sur l'ensemble des prétentions des parties ». V. également, 5 décembre 1951, Rec. 572.

*du contentieux dont s'agit, le juge d'appel doit trancher toutes les questions de droit et de fait que l'affaire présente à juger*, à l'effet de déterminer elle-même si l'intéressé doit être relaxé des fins de la poursuite ou, si elle estime qu'une peine disciplinaire doit être prononcée, les sanctions qu'il y a lieu d'infliger ; qu'il lui appartient d'ordonner avant son jugement au fond toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent nécessaires » (179). Deux motifs nous paraissent avoir suscité cette solution particulière au contentieux disciplinaire. D'une part, l'urgence de la répression dans cette matière. D'autre part, la considération que le juge d'appel n'est pas le Conseil d'Etat, mais une juridiction disciplinaire spécialisée qui, même si elle est unique pour tout le territoire, peut recourir plus facilement à des mesures d'instruction.

Facultatif ou obligatoire, l'effet dévolutif s'exerce dans le cadre que les parties ont assigné à l'appel. Si, cependant, celles-ci ont formé l'appel sans préciser son étendue, le juge administratif admet, comme le juge judiciaire, que l'effet dévolutif est total. Il porte alors sur l'ensemble des faits et moyens soulevés en première instance (180). Il en est ainsi aussi bien en excès de pouvoir (181) qu'en plein contentieux. Le juge d'appel peut, de plus, tenir compte dans sa décision des éléments nouveaux survenus depuis le premier jugement. Si une loi, intervenant en cours d'appel, amnistie les faits servant de base aux poursuites, le juge constate qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le pourvoi dont il est saisi (182). De même, si une loi valide l'acte administratif attaqué, le juge d'appel prononce également le non-lieu à statuer (183).

442. — L'effet dévolutif existe donc dans les deux procédures. En matière administrative, une particularité a été relevée à raison de l'organisation particulière de la juridiction administrative. Mais les traits essentiels de cette investiture du juge d'appel se retrouvent en procédure administrative contentieuse. Le caractère facultatif de l'effet dévolutif en procédure administrative contentieuse n'atteint pas les pou-

(179) Section, 23 décembre 1955, Dellière, Rec. 607, v. dans le même sens, Section, 8 novembre 1957, Maury, A.J. 1958.II.50, conclusions Gazier. Cette dernière décision précise que l'interdiction de renvoi faite au juge disciplinaire du second degré porte tout autant sur les griefs déjà examinés en première instance que sur ceux retenus pour la première fois en appel.

(180) Elections de Bologna, précité ; 16 novembre 1949, commune de Romainville, Rec. Tables, 786.

(181) 9 juillet 1956, Gouverneur général de l'Algérie, Rec. 315, A.J. 1956.II.393, conclusions Long, R.P.D.A., 1956, p. 161. Le commissaire du gouvernement Long remarque dans ses conclusions : « Nous ne voyons pas de raison de ne pas étendre à l'excès de pouvoir la théorie de l'effet dévolutif, cela nous paraît même nécessaire... ». V. également, 16 octobre 1957, Ministère de la Santé publique et de la Population c. demoiselle Puyo, Rec. 595.

(182) 2 novembre 1957, Belœuvre.

(183) V. sur ce point la thèse remarquable de M. Michel Lesage, « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice » (Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs), L.G.D.G. 1960, préface de M. le professeur R. Drago.

voirs du juge d'appel, puisque c'est ce juge qui décidera s'il exercera ou non sa pleine juridiction sur le litige.

Connaissant du litige grâce à l'effet dévolutif, le juge contrôle dans les deux procédures la solution donnée au fond par le juge de première instance. Il peut la confirmer ou la réformer en tout ou en partie. Il peut, tout en la confirmant, opérer une substitution de motifs, lorsqu'il estime que le dispositif du jugement de première instance est fondé, mais que les motifs sont inexacts ou erronés. Mais cette substitution de motifs n'est pas extraordinaire en appel (174). Le juge d'appel a les mêmes pouvoirs que le juge de première instance. Rien ne lui interdit de prendre une nouvelle décision, identique à celle de première instance, mais motivée différemment. Que la chose jugée en première instance soit infirmée ou confirmée, le jugement rendu sur appel sera doté de l'autorité de la chose jugée.

Grâce à l'effet dévolutif, le juge peut donc exercer un contrôle réel sur le fond de la décision jugée en première instance. Cet effet dévolutif devrait se limiter aux questions de fond. Il n'est pas normal que le juge soit en principe tenu de statuer par la voie de l'effet dévolutif si le jugement de première instance est annulé pour vice de forme ou de procédure. La sanction de l'annulation n'est réelle que si le juge de premier ressort voit recommencer devant lui les débats de première instance. L'annulation pour vice de forme ou de procédure devrait entraîner le renvoi automatique devant le juge de première instance ; sauf à laisser au juge d'appel la possibilité d'évoquer le fond du litige devant lui si certaines conditions sont réunies.

443. — 2°) *Le juge d'appel peut se saisir du fond du litige soumis au juge de première instance par la voie de l'évocation.* — Le juge d'appel contrôle la régularité au fond de la sentence. Il examine également la sentence elle-même comme élément formel et, à travers elle, il examine la régularité de la procédure suivie en première instance. Si cet examen lui fait apparaître une irrégularité de nature à entraîner l'annulation du jugement de premier ressort, le juge n'est pas saisi automatiquement. Il doit, en principe, renvoyer l'affaire devant les premiers juges. L'évocation (185) est la faculté reconnue au juge d'appel de statuer sur le fond d'un litige dont il n'est pas saisi par le jeu de l'effet dévolutif.

L'évocation a une origine bien précise : le désir du Roi d'évoquer en son conseil les affaires les plus importantes en dérogeant à la compétence des juridictions de droit commun (186). Envisagée dans sa forme moderne, elle est un moyen pour le juge d'appel d'affirmer sa suprématie sur la juridiction de premier degré. L'annulation de leur

(184) Nous verrons qu'il en est autrement en cassation.

(185) Lobin Y., *Encyclopédie procédure civile et commerciale*, V° Evocation ; Drago R., « L'évocation dans la procédure administrative », R.D.P. 1957, p. 453 ; Letourneur M., étude précitée.

(186) Lesage M., Thèse précitée, p. 28.

premier jugement pourrait amener les juges du premier ressort, leur amour-propre étant froissé, à ne pas tenir compte des indications du juge d'appel. Ce qui obligerait les plaideurs à retourner en appel. Il en résulterait une lenteur excessive dans le déroulement de l'instance. L'évocation permet d'éviter ces lenteurs.

L'évocation prévue par le Code de procédure civile (art. 473) au bénéfice de la juridiction d'appel a néanmoins, reconnaît-on, une portée générale. La Cour de cassation avait admis qu'elle était possible devant toute juridiction d'appel (187). La réforme de la procédure civile concentre tous les appels devant les Cours d'appel. Elle a, par là même, réduit le nombre de juridictions devant lesquelles s'exerce l'évocation. En procédure administrative contentieuse, aucun texte ne reconnaît à la juridiction d'appel la faculté d'évocation. Malgré l'absence de texte, le Conseil d'Etat s'est toujours reconnu la possibilité d'évoquer (188). « Dès la seconde moitié du XIX^e^ siècle, l'évocation apparaît principalement comme une institution de procédure, que la Hauts Assemblée ne justifie même pas et qui se présente comme la transposition d'une règle de procédure civile au titre des principes généraux que le juge administratif consacre sans les rattacher à un texte (189). »

Elle apparaît dans les deux matières comme un pouvoir discrétionnaire du juge d'appel. Celui-ci est libre d'en user ou non. L'évocation est, par essence, facultative. C'est ce qui la distingue de l'effet dévolutif. L'évocation est possible pour le juge d'appel lorsqu'il n'est pas saisi par l'effet dévolutif. Or, le juge n'est pas saisi par l'effet dévolutif lorsque la sentence est irrégulière ou a été rendue sur une procédure irrégulière. L'évocation doit rester exceptionnelle et facultative pour que la sanction de l'irrégularité commise par les juges de première instance soit efficace.

En procédure civile, le caractère facultatif de l'évocation est affirmé par le Code de procédure. L'article 473 de ce Code précise « la juridiction d'appel *pourra* évoquer l'affaire ». Les juridictions civiles se refusent souvent à évoquer (190). Elles pensent « non sans quelque raison que la meilleure manière de sanctionner les irrégularités de procédure est encore de contraindre le premier juge à reprendre l'examen de l'affaire dès l'origine » (191).

(187) Civ., 24 décembre 1928, D.H. 1929.130 ; Civ., 8 novembre 1951, Bull. civ. IV.514.

(188) V. 23 février 1820, Commune de Beurre, Rec., 657 ; 20 juillet 1832, Vial de Singly, Rec. 191, « Quand un tribunal administratif du premier degré refuse de recevoir une opposition à une décision par défaut sous prétexte qu'il ne peut se réformer lui-même, ou qu'il se contente de se référer à cette décision comme si elle était contradictoire, le Conseil d'Etat peut en prononçant l'annulation de la dernière décision évoquer le fond et le juger lui-même ».

(189) DRAGO R., article précité, p. 454.

(190) V. par ex. Tr. civ. Montluçon, 9 novembre 1951, Tr. civ. Meaux, 2 avril 1952, D. 1952.J.564, note Perrot R.

(191) Note Perrot précitée.

Le caractère facultatif (192) de l'évocation est également reconnu en procédure administrative contentieuse. Il arrive que le Conseil d'Etat n'évoque pas, bien que les condiitons de l'évocation sont réunies (193). Cependant, en fait, lorsque le juge d'appel est le Conseil d'Etat — ce qui est le cas le plus fréquent — une politique d'évocation systématique est pratiquée. La Haute Assemblée estime qu'elle ne doit pas accroître la lenteur du cours de la justice administrative. « Il est d'une bonne administration de la justice d'évoquer tout ce qui peut être évoqué, de juger immédiatement tout ce qui peut être jugé » (194). Si cette politique jurisprudentielle est « opportune » (195), elle est néanmoins en contradiction avec les principes de l'évocation. L'évocation atténue la sanction des irrégularités de forme commises par les juges du premier degré. Elle doit rester exceptionnelle. L'étude du domaine d'application de l'évocation, puis de ses conditions d'application, va permettre de justifier cette opinion.

444. — A. *Le domaine d'application de l'évocation.* — L'évocation et l'effet dévolutif ne peuvent coexister dans un même domaine. L'effet dévolutif saisit obligatoirement le juge d'appel. L'évocation est, par essence, facultative pour ce même juge. Il faut donc trouver un critère qui permette de déterminer dans quels cas le juge est saisi par l'un ou l'autre de ces procédés. On ne peut attacher d'importance aux conclusions des parties pour faire cette discrimination. L'évocation, comme l'effet dévolutif ne sont possibles que si les parties ont présenté des conclusions tendant à ce que le juge statue sur le fond de leur litige. La distinction entre l'évocation et l'effet dévolutif résulte directement de la nature de l'évocation.

L'évocation est applicable lorsque le juge d'appel n'est pas saisi de l'entier litige par l'effet dévolutif. Par l'effet dévolutif, le juge d'appel exerce sa compétence normale : il juge à nouveau l'affaire. Mais si le juge de première instance n'a pas statué au fond à tort, ou si ayant statué au fond, il n'a pas respecté l'ensemble des règles de procédure qui mettent le juge à même de statuer sur le fond de manière équitable, on ne peut estimer que le juge est saisi par l'effet dévolutif. Dans le premier cas, ceci est naturel : le juge de première instance n'a pas statué au fond. Pour que le juge d'appel puisse juger au fond, il doit évoquer. Dans le second cas, l'infirmation de la sentence de premier ressort pour des motifs de forme ou de procédure, c'est-à-dire, son annulation, empêche l'effet d'évolutif de jouer. Le juge, comme l'administrateur, doit respecter les formes qui sont autant de conditions que la loi met à l'exercice de ses pouvoirs. S'il statue au fond sans res-

(192) Sauf en matière électorale : 27 mai 1898, Elections municipales de Vaucouleurs, Rec. 429 ; 3 avril 1925, Dièye Bakory, Rec. 386. Mais même en matière disciplinaire, 27 janvier 1960, Tissot, R.D.P. 1960, p. 844, n° 17.

(193) 19 mars 1909, Commune de Saint-André et Appeles, Rec. 299.

(194) Conclusions Braibant sur dame veuve Polin, précité.

(195) Conclusions Braibant précitées.

pecter ces formes, ou en les interprétant de manière erronée, son jugement au fond doit être annulé ; comme l'est la décision de l'administrateur qui ne respecte pas les formes dans lesquelles il doit rendre ses décisions. Pour le juge de première instance, la sanction normale de cette annulation doit être la nécessité de juger à nouveau l'affaire en respectant les formes violées ; sauf si le juge d'appel estime que, dans les circonstances de la cause, il est bon d'évoquer le fond. Si on admettait que dans ce cas le juge d'appel soit obligatoirement saisi du fond par le jeu de l'effet dévolutif, on atténuerait la sanction de l'annulation. Ce qui n'est pas souhaitable.

445. — Le Code de procédure civile prévoit que l'évocation est possible dans deux cas. D'une part, lorsque la juridiction d'appel saisie d'un jugement avant-dire droit l'infirme. D'autre part, lorsque la juridiction d'appel saisie d'un jugement sur le fond, l'infirme ou l'annule, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause.

Dans le premier cas, l'évocation ne fait aucune difficulté. Le juge de première instance n'a pas encore statué sur le fond. Les jugements avant-dire droit ordonnent une mesure préalable à la solution d'un litige. Ils ne mettent pas fin à celui-ci.

La jurisprudence et la doctrine se sont, au contraire, demandé si l'évocation est possible dans le deuxième cas prévu par le Code : celui où le juge de première instance a statué au fond. La controverse est d'ailleurs ancienne. Avant la loi du 23 mai 1942, le Code de procédure parlait d' « infirmation d'un jugement *définitif* » (196). Deux principales interprétations des textes s'opposaient alors. Pour certains, lorsque le juge de première instance a statué sur le fond, le juge d'appel en est saisi par l'effet dévolutif. Il n'y a donc pas lieu à évocation (197). Pour d'autres, l'annulation du jugement de première instance devait faire considérer le fond comme non jugé ; le juge d'appel ne pouvait en être saisi que par voie d'évocation (198).

La loi du 23 mai 1942, en substituant au terme de jugement définitif celui de jugement sur le fond, a fait rebondir la controverse (199).

Pour la Cour de cassation et certains auteurs (200), l'effet dévo-

(196) Article 473, ancien.

(197) Civ., 7 mai 1935, D. 1935.I.78, note Appleton ; Req., 24 janvier 1938, D. 1938.I.49.

(198) Req., 26 juin 1924, D. 1924.I.185 ; v. également la note Tissier au S. 1921.I.345.

(199) Meurisse, « Effet dévolutif de l'appel, évocation, plénitude de juridiction », Gaz. Pal., 1950.I.2, « Effet dévolutif de l'appel ou évocation », D. 1953, chr. 127 ; Motulsky, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême », J.C.P. 1953.I.1095, « Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation », J.C.P. 1958.I.1423 ; Meurisse, « Effet dévolutif de l'appel et évocation », Gaz. Pal. 1958.II.1.

(200) ... dont M. Motulsky.

lutif de l'appel oblige la Cour à statuer sur le litige tranché par un jugement, qu'elle annule pour vice de forme ou incompétence (201). La Cour de cassation estime que les dispositions du Code prévoyant la possibilité d'une évocation, lorsque le juge de première instance a statué au fond, n'ont aucune portée. « ... Le juge d'appel se trouve investi de plein droit de l'entière connaissance du litige par l'effet dévolutif de l'appel lorsque la décision qui lui est déférée a statué sur le fond du débat, il a l'obligation de statuer lui-même au fond, sans qu'il y ait lieu à renvoi, devant un autre juge » (202). La Cour de cassation réduit ainsi le domaine de l'évocation.

Tout un courant de la doctrine (203) critique à juste titre la position de la Cour suprême. Si la Cour d'appel, annulant pour incompétence ou vice de forme, le jugement de première instance, est tenue de juger le fond en vertu de l'effet dévolutif, l'incompétence ou le vice de forme ne sont pratiquement pas sanctionnés. Or, lorsqu'un jugement est infirmé pour de telles causes, le Professeur Raynaud a remarqué, à juste titre, que « l'appel n'est plus alors, à proprement parler, une voie de réformation, mais une voie d'annulation et il est alors logique d'admettre que le procès doit recommencer puisque, en réalité, il n'y a pas eu de jugement de première instance ; seule l'évocation permettra d'éviter ces conséquences et son refus assurera une sanction effective de l'irrégularité » (204). Le juge d'appel exerce, dans ces hypothèses, un contrôle de la régularité du jugement et de la procédure ; il n'est pas saisi par l'effet dévolutif, si ce contrôle laisse apparaître une irrégularité. Ce n'est que s'il estime que le renvoi à la juridiction de première instance serait peu opportun qu'il évoquera le fond. Il est d'autant plus souhaitable que la Cour de cassation s'engage dans cette voie, que le Conseil d'Etat l'a déjà empruntée.

446. — Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, « l'évocation apparaît quand le premier juge n'a pas statué régulièrement ; l'effet dévolutif joue quand le premier juge a statué régulièrement, quand il n'y a pas obligation de commencer par l'annulation de la décision » (205).

L'évocation est tout d'abord possible lorsque le juge de première instance n'a pas statué au fond. Le juge pourra, par conséquent, évoquer s'il infirme un jugement avant-dire droit (206) un jugement d'in-

(201) Civ., 5 novembre 1949, Bull. civ. IV.1311 ; Civ., 8 février 1956, Bull. civ. II.69 ; Civ., 27 février 1957, Bull. civ. 1957.II.112 ; Civ., 4 juin 1957, Bull. civ. 1957.IV.492.

(202) Civ., 4 juin 1957, précité.

(203) V. la note Tissier précitée et les études MEURISSE, précitées. V. surtout les Chroniques Raynaud à la Rev. trim. dr. civ. 1952, p. 119, 551 ; 1955, p. 553 ; 1958, p. 302.

(204) Rev. trim. dr. civ. 1952, p. 120. V. dans ce sens, Tr. civ. Montluçon, 9 décembre 1951 et Tr. civ. Meaux, 2 avril 1952, D. 1952.J.564, note Perrot.

(205) M. LETOURNEUR, article précité, p. 60.

(206) 15 juillet 1957, Ville de Strasbourg, A.J. 1958.II.20, conclusions Grévisse. V. les conclusions Laurent sur 17 juin 1955, Ministre de l'industrie et du commerce, A.J. 1955.II.288 et les observations de M. TOURDIAS, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Thèse, Bordeaux, 1956.

compétence (207) ou d'irrecevabilité (208). Mais le Conseil d'Etat admet également l'évocation, lorsqu'il annule un jugement de première instance ayant statué au fond pour incompétence ou pour vice de forme (29). Ainsi, lorsque le juge de première instance, s'étant déclaré à tort compétent, a statué au fond, la Haute Assemblée estime qu'elle n'est pas saisie par l'effet dévolutif ; elle doit se saisir par évocation (210). Il en va de même dans tous les cas où le jugement est annulé pour vice de force : composition irrégulière de la juridiction de première instance (211), procédure irrégulière (violation des droits de la défense, par exemple) (212), ou encore, défaut d'examen d'un moyen présenté (213).

447. — La construction du Conseil d'Etat, en l'absence de tout texte, est ainsi plus cohérente que celle de la Cour de cassation. Il délimite avec précision le domaine d'application de l'évocation en distinguant justement entre les deux fonctions de l'appel. Lorsque le juge contrôle la régularité de la procédure ou du jugement, l'appel est une voie d'annulation : le juge d'appel peut se saisir du fond par voie d'évocation au cas où le jugement est annulé. Lorsque la procédure et les formes du jugement sont régulières, le juge d'appel contrôle par voie d'effet dévolutif le fond de la sentence : l'appel est alors une voie de réformation.

448. — B. *Les conditions d'application de l'évocation.* — Que l'évocation soit en principe facultative ne signifie pas qu'elle puisse toujours être prononcée par le juge. Un certain nombre de circonstances doivent exister pour que l'évocation soit possible. L'étude de son domaine d'application nous a permis d'examiner contre quels jugements elle est possible. Les autres conditions sont également tirées des circonstances dans lesquelles l'évocation se justifie. Il s'agit de

(207) 4 janvier 1952, Adriansen, Rec. 12 ; 15 février 1956, Société industrielle et agricole de Pointe-à-Pitre, Rec. 73 ; 17 mai 1957, Outaidelt, Rec. 327 ; 13 décembre 1957, M.R.L. c. Société coopérative, Rec. 679.

(208) 5 janvier 1877, Parandon, Rec. 15 ; 18 janvier 1957, Collot, Rec. 42 ; 10 mai 1957, demoiselle Tampucci, Rec. 300.

(209) Section, 23 décembre 1955, Dellière, Rec. 606, « Considérant que le conseil régional s'était prononcé au fond sur l'instance disciplinaire engagée devant lui ; que le conseil national n'a pas annulé sa décision comme entachée d'un vice de forme ou de procédure : que dès lors les règles relatives à l'évocation étaient sans application en l'espèce ».

(210) 6 juillet 1927, Préfet du Nord, D.H. 1927, p. 514; Assemblée, 13 décembre 1957, Ministre de la Reconstruction c. Société coopérative de reconstruction de Nantes, Rec. 679.

(211) 25 mars 1881, D.P. 1882.III.80 ; Assemblée, 16 décembre 1955, dame Bourokba, Rec. 590.

(212) 5 mars 1870, Lacombe, Rec. 248 ; 17 novembre 1882, Arnauld-Drappier, D.P. 1884.III.35.

(213) 21 novembre 1884, Bardon, D.P. 1885.5.121 ; 4 novembre 1955, Electricité de France, Rec. 524 ; 10 janvier 1958, Bourgin, Rec. 25.

statuer directement en appel sur une demande déterminée. Cette prérogative du juge ne peut s'exercer qu'avec l'accord des parties et si l'affaire a été examinée en garantissant les droits et intérêts des parties.

449. — a) *L'évocation n'est possible qu'avec l'accord des parties.* — Le juge, n'étant pas saisi par l'effet dévolutif du fond du litige, ne peut exercer son pouvoir d'évocation que dans l'hypothèse où les parties ont *conclu au fond.* Dans l'exercice des pouvoirs dont il est investi, le juge ne peut, pour mettre un terme à l'instance, aller à l'encontre ou au-delà des conclusions des parties. Nous voyons là une illustration de la séparation des deux éléments de l'instance. Les pouvoirs donnés au juge pour la solution de l'instance n'atteignent pas la prérogative des parties de limiter le cadre de l'instance. Le Conseil d'Etat pose qu'un juge ne peut jamais statuer au-delà de ce qui lui est demandé. Si les parties ne lui demandent pas de régler le fond du litige, il ne lui appartient pas de s'attribuer lui-même ce pouvoir par voie d'évocation (214). La Cour de cassation précise de même, qu'en l'absence de conclusions des parties au fond, le juge d'appel ne peut évoquer (215). Il suffit alors que l'une des parties n'ait pas manifesté son accord par des conclusions au fond pour que le pouvoir d'évocation du juge soit paralysé.

450. — b) *L'évocation n'est possible que si les droits et intérêts des parties ont été garantis.* — L'évocation prive les parties, sur le point évoqué, de la garantie du double degré de juridiction. Elle ne doit pas également les priver de la garantie d'un bon examen de leur affaire. Aussi, pour que l'évocation soit possible, faut-il que l'affaire soit en état d'être jugée.

*En procédure civile,* pour que l'affaire puisse valablement recevoir une solution définitive, elle doit être suffisamment instruite. C'est à cette idée que correspond la notion d'affaire « en état ». L'affaire doit être en état d'être jugée de manière définitive. La notion d'affaire en état révèle, dans cette matière de l'évocation, son deuxième visage. On dit ordinairement qu'une affaire est en état lorsque les parties ont déposé leurs conclusions. La mise en état dont il est question en matière d'évocation se situe à un stade plus avancé de la procédure. Elle implique que le juge puisse statuer sans avoir à ordonner une nouvelle mesure d'instruction. La Cour d'appel ne peut évoquer, si, par exemple,

(214) 22 mars 1950, Territoire des Iles Saint Pierre et Miquelon c. Morazé, Rec. 177 ; v. également, 30 avril 1951. Gaz. Pal. Rec. 237 ; 23 janvier 1957, Séverin, R.D.P. 1957, p. 555 ; Assemblée, 27 juin 1958, Secrétaire d'Etat au Budget c. sieur X., Rec. 391, 393 (deux décisions).

(215) Civ., 1er avril 1954, Bull. civ., I, p. 101.

une enquête est nécessaire pour statuer de manière définitive sur la cause (216).

La notion d'affaire en état est considérée, en procédure administrative contentieuse, dans trois hypothèses essentielles (217) : pour déterminer si le décès du requérant entraîne non-lieu à statuer, pour que le requérant puisse bénéficier de la réduction de droits accordée si le désistement est survenu avant que l'affaire soit en état, et enfin, au cas d'évocation. Dans les deux premiers cas, il suffit que l'affaire ne soit pas en état, pour que le non-lieu soit prononcé ou la réduction accordée. Au contraire, pour que le juge d'appel puisse évoquer, l'affaire doit être en état.

Le Conseil d'Etat estime qu'une affaire est en état lorsqu'elle ne nécessite pas un complément d'instruction (218).

Lorsqu'une mesure d'instruction est en cours, le caractère inquisitorial de la procédure administrative introduit un élément original dans cette matière. Ainsi, lorsqu'une expertise est ordonnée en matière civile et que l'expert a déposé son rapport, l'affaire ne sera en état d'être jugée qu'après la production par les parties de nouvelles observations au fond postérieurement au dépôt du rapport d'expertise. Au contraire, en matière administrative, c'est « le juge administratif qui dirige l'instruction, il n'a pas à attendre l'initiative des parties pour procéder à l'étude de l'affaire, effectuer des mesures d'instruction et porter l'affaire au rôle » (219). Rien ne s'oppose donc à ce que le juge administratif considère l'affaire en état lorsque le délai fixé aux parties pour produire des observations sur le rapport d'expertise est expiré.

Les pouvoirs du juge administratif ne peuvent cependant priver les parties d'une garantie dont elles auraient dû bénéficier en première instance. Si le jugement de première instance est annulé pour vice de forme ou de procédure, il faudra réparer en appel les irrégularités de la procédure de première instance. Lorsque la décision de première instance est annulée pour défaut de communication d'une tierce expertise

(216) Civ., 26 décembre 1928, D.H. 1929.23. V. également Civ., 30 novembre 1937, D.H. 1938.68. Certains auteurs de procédure administrative prétendent que l'article 473 du Code de procédure civile pose qu'une affaire est considérée comme en état lorsque toutes les parties ont déposé des conclusions au fond (V. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Aix, 1958, p. 106). Il n'y a rien de tel dans l'article 473.

(217) La notion d'affaire en état a également été utilisée lors de la réforme du contentieux pour déterminer les affaires que le Conseil d'Etat devait transférer aux nouveaux tribunaux administratifs (celles qui n'étaient pas en état). V. sur ce point, R. Drago, *op. cit.*, p. 467.

(218) 30 juillet 1949, Caisse des dépôts et consignations, Rec. 400. « Considérant que l'affaire qui nécessite un complément d'instruction n'est pas en état ; qu'il y a lieu de renvoyer les parties devant le Conseil de préfecture pour être statué ce qu'il appartiendra au fond, au besoin après expertise, sur la réclamation de la Caisse des dépôts et consignations ainsi que sur les dépens de première instance. » V. également, 6 novembre 1885, Genteur, Rec. 815 ; 2 décembre 1887, Vaucher, Rec. 765 ; 22 avril 1902, Courcelle, Rec. 322 ; 21 novembre 1947, Petot, Rec. T. 676 ; 14 novembre 1957, commune de Haral, Rec. 613.

(219) Conclusions Laurent sur Assemblée, 4 janvier 1957, Blanc, A.J. 1957.II.107.

à la partie adverse, le Conseil d'Etat peut néanmoins retenir l'affaire et statuer au fond lorsque les pièces ont été régulièrement communiquées au requérant au cours de la procédure d'appel (220).

Dans d'autres cas, le vice ne peut être couvert en appel. Si la partie lésée ne renonce pas au bénéfice de la garantie dont elle a été privée, l'évocation ne sera pas possible. Ainsi, lorsqu'un contribuable qui avait fait connaître en temps utile son intention de présenter des observations orales n'a pas été averti du jour où sa réclamation devait être portée en séance publique, l'arrêté du conseil de préfecture doit être annulé comme irrégulier. Mais lorsque le contribuable demande au Conseil d'Etat de statuer immédiatement sans le renvoyer devant le conseil de préfecture (221), la Haute Assemblée se fonde « exclusivement sur les conclusions formelles du requérant pour décider qu'il peut statuer au fond sans faire grief à celui-ci » (222). En aucun cas, le juge administratif ne pourra réparer l'irrégularité du déroulement d'une mesure d'instruction en première instance, en ordonnant qu'elle sera recommencée devant lui (223).

451. — La considération essentielle est donc, dans les deux procédures, celle de l'instruction. Hormis quelques particularités de la procédure administrative contentieuse, le juge induit dans les deux matières, l'état de l'affaire de l'état de l'instruction. Si l'affaire n'est que partiellement instruite, l'évocation sera limitée aux points suffisamment instruits. Ainsi, lorsque l'affaire est en état en ce qui concerne la détermination des droits et obligations de chacune des parties, mais non en ce qui concerne le montant des sommes dues par l'une ou l'autre partie, le juge d'appel n'évoquera que sur le premier point et réservera le second pour être jugé en premier ressort (224).

(220) 17 novembre 1882, Arnauld-Drappier, D.P. 1884.III.35 ; v. également, 12 juin 1912, Boucabeille, Rec. 656 ; 25 novembre 1955, Groupement français d'assurances et sieur Fall, Rec. T. 780.

(221) 14 novembre 1902, Société des anciennes salines domaniales de l'Est, D. 1904.III.49.

(222) Notes 3 et 4, D. 1904.III.49.

(223) Le Conseil d'Etat déclare parfois dans ses décisions, pour indiquer comment un vice a été couvert devant lui : « La pièce a été communiquée au requérant au cours de l'instruction qui a eu lieu devant nous » (v. par ex. 17 novembre 1882, précité). Ceci ne signifie pas que des mesures d'instruction ont eu lieu en appel. Il est cependant arrivé autrefois qu'en évoquant le Conseil d'Etat déclare « que dans les circonstances de l'affaire, il y a lieu de retenir le fond pour y être statué directement par nous après qu'il aura été précédé à un supplément d'instruction ». 26 juin 1869, Simonnet, Rec. 617.

(224) 2 janvier 1957, Société Lancery, A.J. 1957.II.58, conclusions Lasry ; v. également. 13 juin 1958, dame veuve Polin, S. 1958.J.352, conclusions Braibant. Le commissaire du gouvernement affirme dans cette espèce : « L'affaire n'est pas en état en ce qui concerne le préjudice subi qui n'est pas justifié dans le détail par la requérante, et sur l'évaluation duquel l'administration n'a pas défendu. Mais les parties ont discuté à fond devant vous la question de la responsabilité et le dossier est sur ce point complet. Rien ne vous interdit de procéder à une évocation partielle comme vous l'avez fait, par exemple, dans une affaire, Société Lancery. » V. en matière civile, Civ., 29 mars 1954, Bull. civ. I.90.

Il reste, malgré les différentes garanties destinées aux parties, une large part discrétionnaire pour le juge d'appel. La Cour de cassation précise, en effet, que « la loi n'exige pas une déclaration expresse d'exercice de la faculté d'évocation, il suffit que les conditions exigées pour cet exercice résultent virtuellement de la décision du juge d'appel » (225). Le Conseil d'Etat, juge d'appel, n'étant soumis à aucun contrôle, donne par la force des choses la même souplesse aux conditions de l'évocation (226).

Lorque le juge évoque, la nouvelle décision sera réputée rendue en dernier ressort. Lorsqu'il refuse d'évoquer, il renvoie l'affaire devant le juge de première instance : c'est alors une nouvelle instance qui recommence devant ce juge. Le premier degré en sera réellement un. Les parties pourront relever le chiffre de l'indemnité qu'elles réclamaient sans rencontrer l'obstacle de la théorie des demandes nouvelles (227). Ceci est particulièrement important en procédure administrative contentieuse, où il existe également un renvoi à la suite de l'effet dévolutif. Ce dernier renvoi laisse se poursuivre devant le juge du premier degré l'instance dérivée en appel. Le renvoi résultant d'un refus d'évocation met fin à l'instance dérivée en appel.

452. — Le Conseil d'Etat, en l'absence de tout texte, construit les rapports de l'effet dévolutif et de l'évocation de façon encore plus cohérente que la Cour de cassation. Les deux particularités de la procédure administrative : possibilité d'un renvoi malgré le jeu de l'effet dévolutif, évocation automatique malgré le principe que l'évocation est toujours facultative, atteignent cependant l'harmonie de cette construction jurisprudentielle. Admettre que le juge saisi par l'effet dévolutif peut renvoyer le jugement d'une partie de l'affaire au juge de premier ressort et évoquer au contraire lorsque les conditions de l'évocation sont réunies, c'est bouleverser les caractères fondamentaux de ces deux procédés. L'effet dévolutif devient facultatif, l'évocation prend un caractère obligatoire. Ces deux particularités s'expliquent par des problèmes d'organisation juridictionnelle.

L'effet dévolutif a un certain caractère facultatif parce que le juge d'appel le plus souvent saisi en procédure administrative contentieuse est le Conseil d'Etat. Juridiction d'appel unique pour tout le terri-

(225) Civ., 7 juillet 1959, Bull. civ. I.285. V. dans le même sens, Req. 22 juin 1936, D.H. 1936.507 ; Civ., 12 décembre 1951, Bull. civ. I.273.

(226) Notamment à la notion d'affaire en état. Le plus souvent, le Conseil affirme par prétérition l'affaire est ou n'est pas en état. Il ne motive pas autrement sa décision sur ce point.

(227) Le Conseil d'Etat ayant annulé l'arrêté par lequel un conseil de préfecture s'était déclaré à tort incompétent pour statuer sur une demande d'indemnité et ayant renvoyé les parties devant ledit conseil (29 mai 1922, Ministre des P.T.T., Brunetat dame Brassier, Rec. 883) aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à ce que les demandeurs élèvent au cours de la nouvelle instance, le chiffre de l'indemnité primitivement réclamé par eux : 1er juillet 1925, Société anonyme des tramways du Loir-et-Cher, Rec. 635.

toire, il est mal placé pour recourir à des mesures d'instruction qu'une saisine entière, par la voie de l'effet dévolutif, le contraindrait normalement à ordonner. Cette première considération restera toujours vraie tant que des Cours d'appel régionales n'auront pas été organisées pour connaître du contentieux administratif. La deuxième considération est plus contingente.

Si le Conseil d'Etat se croit obligé d'évoquer tout ce qui peut l'être, c'est pour ne pas accroître la lenteur de la justice en matière administrative. Au fur et à mesure que celle-ci voit son cours s'accélérer, la politique d'évocation systématique se justifie de moins en moins.

## § II. — Les pouvoirs du juge de cassation.

Le juge de cassation n'est saisi que d'un jugement. Il doit contrôler si ce jugement n'a pas violé la loi. C'est la limitation fondamentale de ses pouvoirs. Il ne doit pas remettre en cause les faits dégagés et appréciés par le juge du fond. Il en résulte qu'au cas où son examen laisse apparaître une irrégularité de nature à entraîner la cassation, le juge n'ayant pas le pouvoir, comme le juge d'appel, de se saisir de l'entier litige, devra renvoyer le jugement définitif du litige à un autre tribunal nanti de pouvoirs plus importants.

453. — 1° *Le juge de cassation doit, en principe, s'abstenir de toute incursion dans le domaine des faits.* — Le juge de cassation — Conseil d'Etat ou Cour de cassation — ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Sa seule mission est de contrôler la régularité juridique de la sentence. C'est la seule justification de son existence. En contrôlant de nombreux jugements, le juge de cassation peut ainsi veiller à l'unité d'interprétation et d'application de la règle de droit. En affirmant que le juge de cassation voit ses pouvoirs limités au droit, il faut toujours avoir présente à l'esprit la justification de cette limitation. Ce n'est pas le poids d'une législation injuste qui l'impose, mais la fonction même du juge de cassation. Certes, la distinction du fait et du droit (228) ne peut être absolue. Elle doit être cependant l'objet que doivent rechercher l'esprit juridique et la jurisprudence.

454. — A. *La position de la Cour de cassation.*

*a*) La Cour de cassation s'abstient de rentrer dans l'examen des faits matériels allégués. Elle refuse, d'une part, de se livrer à toute recherche nouvelle de preuves. Elle s'interdit, d'autre part, de procéder

(228) Marty G., *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Toulouse, 1929.

à une appréciation nouvelle des faits tels qu'ils se dégagent des éléments de preuve (229).

*b*) Mais la Cour de cassation contrôle justement la qualification juridique des faits. Cette notion a été éclairée de manière magistrale par M. G. Marty « ... par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale. toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion. Cette définition est sans doute très souvent complexe et encombrée de circonstances particulières qui sont celles de l'espèce envisagée, mais elle est tout de même une définition » (230). Or, si la loi a utilisé et nommé une notion, la Cour suprême « doit examiner dans tous les cas, si la définition particulière de la notion légale qui résulte de la qualification donnée aux faits du procès est admissible ou si elle n'est pas, au contraire, incompatible avec la notion considérée ». Ce n'est que dans le cas où les notions en cause sont vagues, si « l'appréciation du juge est fondée sur des circonstances très complexes et particulières » que la Cour se montrera très prudente. « Dans de pareilles hypothèses, tout en réservant le principe de son contrôle, elle multipliera les rejets. »

La distinction de M. Marty paraît bien être consacrée dans ses grandes lignes par la jurisprudence. C'est ainsi que la Cour de cassation considère qu'elle doit exercer son contrôle sur la qualification de faute donnée par les juges du fond aux faits de la cause (231). Mais la Cour de cassation estime que le juge du fond apprécie souverainement les analogies et les ressemblances suffisantes pour faire naître une confusion de nature à tromper l'acheteur sur la provenance d'un produit (232). Or, on ne peut nier qu'analogies et ressemblances soient les éléments constitutifs de la contrefaçon, notion légalement définie. Si la Cour de cassation refuse d'exercer son contrôle en ce domaine, c'est parce que la qualification est particulièrement technique et particulièrement rapprochée des faits.

*c*) Dans le domaine des actes juridiques, la Cour de cassation apporte une limite à l'appréciation souveraine des juges du fond. Les tribunaux peuvent interpréter souverainement un acte ambigu. Mais lorsqu'un acte est clair et précis, les juges du fond n'ont pas le pouvoir d'en modifier le sens sous prétexte d'interprétation. La Cour de cassation se réserve dans ce dernier cas la possibilité de casser pour dénaturation de l'acte juridique en cause (233). La théorie de la dénaturation des actes juridiques est la soupape de sûreté de la distinction du fait et du droit, telle que l'applique la Cour de cassation. S'il ressort notoirement du jugement que le juge du fond a abusé de son

(229) V. sur ces deux points, MARTY, *op. cit.*, pp. 179 et 180.
(230) *Op. cit.*, p. 205.
(231) Civ., 9 juillet 1935, D.H. 1935.444 ; Civ., 7 mai 1946, D. 1946.J.325.
(232) Req., 1er juillet 1908, D.P. 1958.I.487.
(233) V. par ex. Civ., 30 novembre 1892, D. 1893.I.85.

pouvoir d'appréciation souveraine, la Cour de cassation a la possibilité d'invoquer la dénaturation.

455. — B. *La position du Conseil d'Etat.*

a) *Le Conseil d'Etat contrôle l'exactitude matérielle des faits.* — Le juge de cassation administratif contrôle l'existence des faits énoncés dans le jugement attaqué. Le Conseil d'Etat admet la possibilité d'un tel contrôle depuis une décision Farman du 5 août 1924 (234). Mais le juge de cassation ne se livre pas à une nouvelle instruction. Il n'examine les faits de la cause que tels qu'ils résultent des pièces du dossier (235).

De la part d'un juge de cassation cette attitude ne laisse pas de surprendre. M. Marty a très justement remarqué que lorsque le juge de cassation a le pouvoir de reprendre l'affaire dans l'état où elle s'est trouvée fixée devant les juges du fond, il peut procéder « à une sorte de révision d'ensemble des appréciations de ces derniers ». Il devient « ainsi pratiquement très proche d'une troisième instance ». L'attitude du Conseil d'Etat s'explique par les origines du recours en cassation et par la position particulière du Conseil d'Etat, juge de cassation.

Le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir ont été longtemps confondus. Or, en excès de pouvoir, le juge contrôle toujours l'exactitude matérielle des faits au regard desquels l'administration a rendu sa décision (236). La distinction des deux recours n'a pas amené l'abandon du contrôle de l'exactitude matérielle en cassation. Il reste cependant qu'en excès de pouvoir, le juge peut se livrer à une instruction. Ce que le juge de cassation ne peut pas faire.

Le Conseil d'Etat est le juge de cassation ; or, il est également juge d'appel et il statue également sur certains recours pour excès de pouvoir. Habituée à être saisie du fond des recours, la Haute Assemblée ne peut se départir de l'examen des faits lorsqu'elle siège en cassation.

b) *L'appréciation des faits par le juge du fond est souveraine.* — Le Conseil d'Etat se refuse de manière constante à contrôler l'appréciation des faits donnée par le juge du fond. Ainsi, il ne contrôle pas le jugement porté par la Chambre de discipline de l'Ordre national des médecins sur une méthode thérapeutique (237). De même, il laisse à l'appréciation souveraine de la commission de contrôle des banques, la question de savoir si l'existence d'un établissement financier répond

(234) 5 août 1924, Farman, Rec. 829. V. également par ex. 18 décembre 1957, Monod, Rec. 687, conclusions Grévisse.

(235) 2 février 1945, Moineau, Rec. 27, D. 1945.J.269, note Colliard, S. 1946.III.9, note L'Huillier.

(236) 14 janvier 1916, Camino, Rec. 15, R.D.P. 1917, p. 463, conclusions Corneille, note Jèze.

(237) Moineau précité ; 2 février 1957, Jockel, Rec. 82.

à un besoin économique national ou local (238). L'appréciation par le Conseil Supérieur de l'Education Nationale que des faits constituent une fraude n'est pas contrôlée par le Conseil d'Etat (239).

Il est difficile de définir avec précision la notion d'appréciation des faits. Tous les auteurs qui ont étudié avec minutie cette question sont unanimes à le constater. Cette notion varie en effet selon les juridictions. Les auteurs en ont alors induit que le Conseil d'Etat exerce son contrôle selon le caractère plus ou moins sérieux de la juridiction en cause, étendant ou restreignant son domaine d'application selon les nécessités (240). Si cette constatation est exacte, il nous apparaît qu'une deuxième idée guide la jurisprudence du Conseil d'Etat en ce domaine.

Il est des faits qui peuvent être appréciés par les juridictions de droit commun. Il est, au contraire, des domaines où le législateur a créé des juridictions spécialisées. *Rentrent dans l'appréciation souveraine de la juridiction du fond spécialisée, tous les faits qui correspondent à la spécialité de cette juridiction.* L'appréciation est la qualification technique des faits. Elle consiste à donner des faits une définition technique en fonction de la compétence particulière de la juridiction en cause. Ainsi, lorsqu'un Conseil de révision déclare qu'un conscrit est apte ou inapte au service militaire, il apprécie souverainement l'aptitude physique du conscrit (241). Cette juridiction, grâce à l'avis de sa formation médicale, donne aux faits (l'état physique du conscrit) une qualification technique (aptitude ou inaptitude au service militaire) eu égard à sa compétence particulière en matière médicale. De même, le Conseil Supérieur de l'Education Nationale se livre à une appréciation souveraine, lorsqu'il estime qu'un professeur a opéré une substitution de copie (242). Il donne ainsi une qualification technique de faits qu'il est particulièrement apte à apprécier.

L'abdication du contrôle du juge de cassation, dans le domaine de l'appréciation des faits qui correspondent à la spécialité de la juridiction, s'explique par la volonté du Conseil d'Etat de ne pas s'immiscer dans un domaine aussi technique. La Haute Assemblée n'étant pas composée de techniciens ne se sent pas suffisamment compétente pour remettre en cause l'appréciation de ceux-ci. Cette jurisprudence tire son origine du recours pour excès de pouvoir (243). En effet, le juge

(238) 26 mai 1948, Manod James, Rec. 234.

(239) Section, 13 juillet 1956, Manceau, Rec. 334 (substitution de copie).

(240) JACQUEMART, *op. cit.*, p. 240 ; PEISER, *op. cit.*, p. 372. V. également la chronique de MM. COMBARNOUS et GALIBERT, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, A.J. 1960.I.95.

(241) 27 octobre 1922, Salzes, Rec. 758.

(242) Section, 13 juillet 1956, précitée.

(243) V. en ce sens les conclusions Braibant sur Section, 12 décembre 1958, A.J. 1959.I.24. « ... la question se situe dans le domaine des faits et relève d'une appréciation technique. Sans doute cette dernière décision est-elle intervenue sur un recours pour excès de pouvoir ; mais rien ne s'oppose à ce que ces principes soient transposés en cassation. »

se refuse dans ce contentieux à exercer son contrôle dans des domaines particulièrement techniques (244). Cependant, en matière de cassation, l'appréciation technique a été donnée par une juridiction. Pour que le juge de cassation respecte l'appréciation de la juridiction du fond, il faut encore que cette dernière ait respecté les formes juridictionnelles.

Une juridiction doit motiver ses décisions. Elle doit même motiver ses appréciations souveraines. Si elle ne respecte pas cette obligation, le Conseil d'Etat vérifie « si cette appréciation n'est pas directement contredite par les éléments du dossier, si elle n'est pas fondée au vu du dossier sur des faits matériellement inexacts... Ce sera là la sanction du laconisme de la décision attaquée » (245). Le défaut de motifs fait peser la suspicion sur l'appréciation souveraine. Sans remettre directement en cause la qualification technique, le juge va examiner si, eu égard aux éléments d'appréciation dont il dispose, elle n'apparaît pas comme étant manifestement erronée.

Le juge de cassation exerce de manière indirecte un deuxième contrôle sur la qualification technique. Il examine si le juge souverain n'a pas dénaturé les faits. La notion de dénaturation est apparue à propos d'une espèce Simon, le 4 janvier 1952. Le Conseil national de l'Ordre des médecins reprochait au docteur Simon d'avoir utilisé pour condamner les méthodes thérapeutiques françaises « des termes injurieux pour les médecins français qui les utilisent, les taxant notamment d'imprudence et d'esprit de lucre ». Le Conseil d'Etat, sur les conclusions du commissaire du gouvernement M. Letourneur, estime que le Conseil de l'Ordre a dénaturé les faits (246). M. Peiser constate, à propos de cette théorie de la dénaturation, que le Conseil d'Etat n'excède pas les limites imposées normalement au juge de cassation : « La Haute Assemblée ne contrôle ni l'opportunité de la mesure, ni surtout la valeur technique des opinions émises par le docteur Simon, la valeur des méthodes thérapeutiques en cause ». Il nous apparaît cependant que le Conseil d'Etat exerce ainsi indirectement un contrôle sur la qualification technique. Le Conseil de l'Ordre avait estimé que les termes employés par le docteur Simon étaient injurieux, parce qu'il pensait que la méthode thérapeutique critiquée était bonne. En contrôlant la qualification donnée aux propos du docteur Simon, le Conseil d'Etat contrôle par là même la qualification de la méthode thérapeutique. La théorie de la dénaturation est donc bien un moyen de contrôle indirect de la qualification technique.

c) *Le Conseil d'Etat contrôle la qualification juridique des faits.* — Le Conseil d'Etat contrôle les conséquences que le juge de fond tire de sa qualification technique. Il examine si les conséquences juridi-

(244) V. par ex. 4 février 1955, Massoni, Rec. 71; 15 juillet 1958, Fustec, A.J. 1958.II.476.

(245) Conclusions Grévisse sur Monod, précité.

(246) 4 janvier 1952, Simon, Rec. 13, conclusions Letourneur.

ques que le juge du fond induit de son appréciation souveraine sont légalement fondées (247).

456. — C. — *Comparaison des solutions retenues par les deux juges de cassation.* — Le Conseil d'Etat exerce un contrôle de l'exactitude matérielle des faits peu compatible avec la notion même de contrôle de cassation. Cette incursion dans le domaine des faits s'explique par l'origine du recours en cassation en procédure administrative contentieuse. La Haute Assemblée devrait l'abandonner pour confirmer l'autonomie du recours en cassation. Elle s'alignerait ainsi sur la solution de la procédure civile qu'il n'y a aucune raison de ne pas appliquer dans le contentieux administratif.

Dans le domaine de la qualification des faits, les solutions des deux jurisprudences sont en apparence radicalement opposées. La Cour de cassation contrôle l'entière qualification des faits. Le Conseil d'Etat abandonne au juge du fond la qualification technique. Cependant, nous avons remarqué que la Cour de cassation, tout en maintenant le principe de son contrôle, s'abstient en fait de l'exercer dans des domaines très techniques. Les positions des deux jurisprudences ne sont donc pas entièrement antagonistes. Elles procèdent d'un même esprit. Le juge de cassation ne veut pas revenir sur des qualifications que le juge du fond est plus apte à formuler que lui. La position de la Cour de cassation est, cependant, plus rationnelle. Elle maintient le principe de son contrôle, ce qui lui permet de censurer des « qualifications techniques » abusives, alors que le Conseil d'Etat emploie des procédés détournés (censure du défaut de motifs ou de la dénaturation) pour exercer ce même contrôle qu'il se refuse *a priori*.

457. — 2°) *Le renvoi après cassation découle de la limitation des pouvoirs du juge de cassation.* — Le juge de cassation n'étant pas saisi, comme le juge d'appel, par l'effet dévolutif du procès dans toutes ses questions de fait et de droit, est obligé, lorsqu'il casse la décision qui lui est déférée, de remettre le jugement définitif de la cause à un autre juge. Il faut alors déterminer quel est ce juge et quels peuvent être ses pouvoirs. Ces deux problèmes ne sont d'ailleurs pas sans interférences. Si le juge de renvoi est celui même qui a rendu la décision cassée, il risque d'avoir tendance à ne pas respecter la doctrine contenue dans l'arrêt de cassation. Il faut donc trouver un moyen juridique de la lui imposer. Si, au contraire, le juge de renvoi n'est pas le juge dont la décision a été cassée, il est moins tenté de remettre en cause la doctrine du juge de cassation.

458. — A. — *Le juge de renvoi.* — Les solutions des deux procédures sont, en ce domaine, complètement divergentes.

En procédure civile, le renvoi ne se fait pas devant la juridiction

(247) V. par ex. 2 février 1945, Moineau précité.

même qui a rendu l'arrêt cassé. La Cour de cassation renvoie la cause devant une juridiction du même degré que celle qui a rendu la décision cassée (248). Si c'est une Cour d'appel qui avait rendu l'arrêt cassé, le renvoi se fera devant une autre Cour d'appel, en général devant la plus proche, géographiquement, de la première. Il arrive exceptionnellement que le renvoi doive être effectué devant la juridiction même qui a rendu la décision cassée ; ainsi, lorsque la juridiction en cause est la Cour d'appel de Colmar à raison des règles de procédure particulières suivies devant elle. En ce cas, elle devra avoir une autre composition que lorsqu'elle a statué en premier lieu. Le renvoi se fait donc devant une autre juridiction ou, à défaut, devant la même juridiction composée différemment.

En procédure administrative contentieuse, aucune de ces deux règles n'est appliquée. Le renvoi se fait devant la juridiction qui a rendu le jugement cassé. Il n'est pas nécessaire que celle-ci soit autrement composée que lors de sa première décision. Le Conseil d'Etat a estimé qu' « aucune règle générale de procédure ne s'oppose, en l'absence de texte... à ce que des juges dont une décision a été annulée pour violation de la loi soient appelés à délibérer à nouveau sur la même affaire » (249).

459. — B.— *Les pouvoirs du juge de renvoi.* — En matière civile, du fait du renvoi — et dans la mesure de ce renvoi — une nouvelle instance dérivée en appel commence devant la juridiction de renvoi. L'arrêt de cassation remet les parties dans la situation où elles étaient avant l'intervention de l'arrêt cassé. Les parties peuvent présenter devant la juridiction de renvoi tous les moyens qu'elles auraient pu présenter devant la juridiction saisie avant la cassation (250). La juridiction de renvoi peut tenir compte des faits postérieurs à l'arrêt de cassation (251), à la condition que ceux-ci soient de nature à avoir une influence sur la solution du litige (252). Ces prérogatives de la juridiction de renvoi ne sont que la conséquence du fait que la juridiction de renvoi est libre d'adopter sur l'affaire renvoyée la solution qui lui paraîtra juridiquement fondée : elle n'est pas liée par les motifs de l'arrêt de cassation. Il a toutefois fallu prévoir une méthode de règlement des conflits entre les juridictions inférieures et la Cour de cassation. Si la Cour de renvoi refuse de s'incliner, la Cour de cassation statuera toutes

(248) Article 87 de la loi du 27 ventôse, An VIII.

(249) 12 novembre 1926, Société Dickson, Walrave et Cie, Rec. 963 ; v. également 1er juin 1953, Godard, Rec. 255.

(250) Civ. 24 mai 1854, D.P. 1954.I.179 ; Civ., 12 août 1890, D.P. 1891.I.109 ; Civ., 19 décembre 1894, D.P. 1895.I.298 ; Civ., 22 juin 1905, D.P. 1909.I.116.

(251) Req., 4 avril 1892, D.P. 1893.I.230.

(252) Civ., 21 juillet 1951, D. 1952, Somm. 9 ; Civ., 29 mai 1953, Rev. trim. dr. civ. 1953. p. 747, observations Raynaud ; Civ., 18 juin 1954, Droit Social 1955, p. 428, note Savatier, Rev. trim. dr. civ. 1955, p. 555, observations Raynaud.

(253) Articles 58 à 60 de la loi du 22 juillet 1947 (dispositions dans le même sens dans la loi du 1er avril 1837).

Chambres réunies. Si les Chambres réunies cassent à nouveau l'arrêt rendu, la juridiction saisie d'un renvoi après cette deuxième cassation devra se conformer à la solution de droit donnée par la Cour suprême (253). Mais elle pourra tenir compte d'autres éléments de la cause sur lesquels la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer (254).

En procédure administrative contentieuse, la décision du Conseil d'Etat, juge de cassation, s'impose dans tous les cas à la juridiction de renvoi. Le principe a été posé par une décision Botta du 8 juillet 1904 (255). A la suite d'un refus de la Cour des Comptes d'appliquer la doctrine contenue dans une de ses décisions de cassation, le Conseil d'Etat a précisé que la juridiction de renvoi « est tenue de faire application de la décision du Conseil au jugement de l'affaire à l'occasion de laquelle les questions de légalité ont été définitivement résolues par le Conseil », que seule cette interprétation « peut assurer la solution définitive des affaires, en faisant obstacle à des conflits dont le législateur ne saurait être présumé avoir admis la possibilité ». La juridiction de renvoi se trouve donc dans la même position que la juridiction de renvoi après cassation, toutes Chambres réunies en procédure civile (256). Le principe de la décision Botta est appliqué de manière constante en procédure administrative contentieuse. Le Tribunal administratif de Limoges rappelle ainsi, dans une affaire Bourras « que, s'il est constant que dans le contentieux judiciaire la décision du juge de cassation ne s'impose à la juridiction qui lui est directement subordonnée qu'après le deuxième renvoi, il est constant que dans le contentieux administratif, la décision du juge de cassation s'impose dès le premier renvoi ». (257).

Les particularités du renvoi en procédure administrative contentieuse s'expliquent à raison de la solution de l'espèce Botta. Si dans cette matière, il n'est pas besoin, comme en procédure civile, que le juge de renvoi ne soit pas le juge auteur de la décision cassée, c'est parce que la doctrine de l'arrêt de cassation s'impose à lui immédiatement.

460. — Le renvoi après cassation est le principe. Mais il arrive que les pouvoirs du juge de cassation puissent mettre fin à l'instance : dans ce cas, la cassation se fera sans renvoi. Il en est ainsi lorsque la cassation ne laisse plus rien à juger. De tels cas sont fréquents en procédure

(254) V. sur ce point, Besson A., *Encyclopédie Procédure civile et commerciale*, V° Cassation, n° 2496.

(255) 8 juillet 1904, Botta, Rec. 557, conclusions Romieu, D. 1906.III.33, conclusions Romieu, S. 1905.III.81, note Hauriou ; v. également 1er juin 1924, Le Bris, Rec. 260.

(256) V. sur les pouvoirs du juge de renvoi en matière disciplinaire, Section, 20 juin 1958, Louis, Rec. 368 « ... le Conseil supérieur, appelé à se prononcer à nouveau sur la poursuite disciplinaire après la décision du juge de cassation ne pouvait être lié par sa décision antérieure annulée par le Conseil d'Etat, et était en droit d'infliger au requérant une peine plus sévère. »

(257) Tr. adm. Limoges, 15 février 1955, Bourras, Rec. 4.

pénale. Ils sont plus rares en matière civile. Par exemple, lorsque la Cour d'appel a statué sur un appel qui était irrecevable, la cassation anéantit cet arrêt. L'appel n'étant plus possible, puisqu'il était déjà irrecevable lorsqu'il a été formé la première fois, la cassation ne donnera pas lieu à renvoi. Par l'effet de celle-ci, le jugement de première instance est confirmé et constitue le droit applicable entre les parties (258).

Les mêmes solutions sont adoptées en matière administrative. Les cas de renvoi sont cependant plus fréquents en raison de l'existence d'un contentieux disciplinaire. Si la décision du juge de cassation fait disparaître toute différend, il serait d'un formalisme superflu de renvoyer devant les juges de fond pour que ceux-ci se bornent à constater qu'il n'y a plus de litige » (259). Ainsi, lorsque le jury d'honneur a refusé de relever un ancien parlementaire de l'inéligibilité, si le Conseil d'Etat casse pour le motif que l'intéressé ne se trouvait dans aucun des cas d'inéligibilité prévus par la loi, il n'y a plus rien à juger : la cassation se fait sans renvoi (260). De même, si les faits ayant donné lieu aux poursuites sont amnistiés depuis la décision en appel, la cassation se fera sans renvoi (261). Mais si les faits ne sont pas établis, si le juge doit les apprécier de quelque manière que ce soit pour voir s'ils rentrent dans le champ d'application de la loi d'amnistie, le renvoi devra avoir lieu (262). La limite des pouvoirs du juge de cassation est bien la cause du renvoi.

## CONCLUSION DU TITRE II

461. — L'intervention du juge dans le but de la solution de l'instance fait peser dans les deux procédures un certain nombre d'obligations sur les parties. La technique juridique est, ici encore, la même dans les deux matières. Celles-ci se distinguent cependant dans l'application de mêmes notions. La procédure administrative contentieuse tient compte de la nature du justiciable qui intervient dans l'instance avec position de défendeur. L'accroissement des pouvoirs du juge dans le contentieux administratif s'explique par la présence de l'administration dans l'instance.

(258) Cuche et Vincent, « Procédure civile et commerciale », Dalloz, 11e édition, 1958, p. 442.

(259) Odent R., *Contentieux administratif*, 1957-58, p. 929.

(260) Section, 19 mars 1948, Alheritière, Rec. 135.

(261) V. Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p. 429.

(262) 8 novembre 1957, Maury, A.J. 1958.II.51, conclusions Gazier : « Vous ne pourriez dès lors appliquer la loi d'amnistie que dans le cas où ces faits entreraient dans une catégorie de telle nature qu'aucun de ces manquements ne serait possible... Mais, ce sera au Conseil régional de le dire. Eu égard à la nature des faits reprochés, il nous paraît impossible au juge de cassation de faire de lui-même application au requérant de la loi d'amnistie et de clore ainsi l'affaire par un non-lieu. »

## CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

462. — L'instance ne peut rester tout entière à la disposition des parties. Celles-ci peuvent en déterminer les limites. Elles ne sont pas maîtresses de sa solution. La justice civile ou administrative, à l'opposé de la justice pénale, n'intervient pas dans les litiges avant qu'une instance ait été introduite. Mais, une fois l'instance introduite et son cadre fixé par les parties, il y a intérêt public à ce que l'instance soit menée à son terme et le litige résolu. Cette solution de l'instance dans le cadre de la loi est confiée au juge ou aux parties sous le contrôle du juge. Elle ne constitue pas un pouvoir discrétionnaire pour les parties. Ceci fait peser un ensemble d'obligations sur les personnes à l'instance. Obligation de rester dans le cadre juridictionnel de l'instance. Mais aussi, obligation de respecter les conditions de forme et de fond déterminées par le législateur pour que l'instance soit considérée comme digne d'être soumise à la justice.

463. — Les deux procédures sont, en ce domaine, particulièrement différentes. La présence de l'administration dans l'instance, le mode de liaison spécial de celle-ci : l'acte administratif, font sentir toute leur influence. Le juge administratif considère avec réalisme la personnalité des parties à l'instance. Il cherche, en intervenant au bénéfice des particuliers, à rétablir l'équilibre dans l'instance. Il n'y réussit pas toujours. Non par mauvaise volonté, mais parce que certaines institutions de la procédure administrative contentieuse — telles le sursis — s'opposent par leur nature même à la conception égalitaire qu'a de l'instance le juge administratif.

La procédure civile ne manque pas de s'inspirer des procédés utilisés par le juge administratif. Nous avons ainsi pu percevoir que la notion d'intérêt direct et personnel avait été découverte par le juge civil

dans le contentieux administratif. De même, l'accroissement des pouvoirs du juge a été réalisé grâce à l'exemple de la procédure administrative contentieuse. Mais les règles de cette dernière matière, une fois introduites en procédure civile, perdent leur signification première. L'intérêt direct et personnel était le seul moyen d'éviter la floraison des recours en procédure administrative contentieuse, il se surajoute, en procédure civile, aux autres obstacles opposés à la formation d'instances. Les pouvoirs inquisitoriaux du juge étaient, dans la première procédure, un moyen de lutte contre la position prééminente de l'administration ; ils deviennent, introduits dans la deuxième procédure, un moyen d'accélérer le cours de l'instance.

La différence des justiciables en cause dans les deux procédures est donc bien, en elle-même, un facteur d'originalité de ces deux matières.

# CONCLUSION

L'étude comparée des deux procédures autour de ces deux pôles de rapprochement ou d'éloignement que sont la fixation du cadre de l'instance et la solution de l'instance a permis de percevoir, qu'hormis quelques différences, les deux procédures comprennent un fond de règles identiques. On a montré, dans le corps de l'ouvrage, comment se sont forgées ces ressemblances et ces différences. On voudrait en donner, pour conclure, une vue plus générale.

Le fait que les deux procédures se retrouvent alignées sur une même solution, dans bien des domaines, pose un problème délicat. Est-ce que l'on peut légitimement penser que ces solutions identiques sont le résultat d'un imitation de chaque procédure par l'autre ? Ou bien, ces mêmes dispositions des deux procédures — et principalement celles de la procédure civile que l'on retrouve en procédure administrative contentieuse — sont-elles le fruit d'un commune référence à des principes généraux, à des règles nécessaires à la bonne administration de la justice ? (1).

Seule la première proposition nous paraît conforme à la réalité. Il est indéniable que sur les points nombreux dans lesquels on constate l'harmonie des deux procédures, on peut *aujourd'hui* dire que s'est constitué un fond commun de règles nécessaires à la bonne administration de la justice. On est alors vite tenté de qualifier ces règles de principes généraux inhérents à toute procédure juridictionnelle. Mais, cette extrapolation se fait au mépris des règles logiques, historiques et pratiques.

*Logiquement*, la référence à un fond commun de la procédure pose de nombreux problèmes. Quelles sont les règles essentielles à la bonne

(1) V. par ex. dans ce sens LENOAN, *op. cit.*, p. 25.

administration de la justice, où les trouver ? En vertu de quel critère peut-on qualifier tel principe, inclus dans le Code de procédure civile, de règle fondamentale inhérente à toute procédure et refuser cette qualification à tel autre article du même Code ? Si l'on prétend s'écarter des textes écrits, et mis à part quelques cas exceptionnels, la recherche de principes inhérents à toute procédure n'est-elle pas vouée eux échecs et à l'erreur ? Dans une matière où l'aménagement technique d'une règle a plus d'importance que cette règle elle-même, la référence à des principes non écrits reste arbitraire. Ainsi, un principe comme celui du respect des droits de la défense a pu apparaître comme une telle règle non écrite. On admettait, en conséquence, que l'opposition était elle-même inhérente à tout ordre juridictionnel. Mais les réformes de 1959 ont supprimé l'opposition (2). Doit-on alors dire que notre procédure n'est plus une procédure juridictionnelle, car elle ne respecte plus une norme que l'on considérait comme fondamentale ? Il suffit de formuler cette proposition pour en montrer la vanité. Faut-il alors, dans une position de repli, dire que c'est à tort que l'on avait classé cette règle parmi les principes fondamentaux et qu'il faut aujourd'hui la rayer de ceux-ci ? On démontrerait, par là même, qu'il est impossible de déterminer avec précision les dispositions de procédure issues de la notion même de procédure. C'est dire que, logiquement, cette référence à des principes non écrits est vaine.

*Historiquement*, elle n'apparaît pas plus fondée. L'accord des deux procédures n'est pas un phénomène intemporel. Il s'est réalisé et continue de s'opérer *dans le temps*. Or, sur ce point, notre étude a montré qu'il existait ce que l'on pourrait appeler un processus historique de passage d'une règle d'un droit dans un autre. Le phénomène historique est en majeure partie à sens unique. Ce sont les juridictions administratives ou le législateur qui introduisent, sous une forme ou sous une autre, les dispositions de procédure civile dans la procédure administrative contentieuse. Des règles qui existent *déjà* dans une procédure sont reprises par l'autre.

Prétendre que le législateur ou le juge qui réalisent cette introduction dans l'autre procédure ne font que reprendre des principes généraux serait méconnaître des données *pratiques*. Prenons le cas de la reprise en procédure administrative de principes qui se trouvent *déjà* dans la procédure civile. On peut, *a priori*, supposer que, ni le législateur, ni le juge ne les ignorent. Peut-on alors sérieusement prétendre que le fait que des principes identiques se retrouvent désormais dans les deux procédures soit le fait d'une référence à des règles non écrites? Les textes du Code de procédure civile ont été et restent la source d'inspiration du législateur et du juge. Lorsque le « législateur » modifie la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs, le 10 avril 1959, il est évident qu'il reprend, sur certains points, la réforme de la procé-

(2) V. sur ce point notre note D. 1960.2.45 *in fine*.

dure civile du 22 décembre 1958. Les conclusions des commissaires du gouvernement nous éclairent également sur les divers cas dans lesquels les deux procédures sont en harmonie. Cet accord n'est pas le fruit du hasard, ni même celui de la référence à des principes non écrits. Il est le résultat d'une imitation effectuée sciemment.

L'imitation la moins importante, mais elle est riche de virtualités, est celle de la procédure administrative contentieuse par la procédure civile. Cette imitation est rarement le fait du juge. Le juge civil reste beaucoup plus près des textes écrits que le juge administratif. S'il accepte de donner des interprétations nouvelles de lois, on comprend qu'il hésite à introduire directement devant lui des règles de la procédure administrative. En revanche, un courant doctrinal et législatif pousse la procédure civile vers la procédure administrative contentieuse. Ce courant, nous l'avons constaté dans la deuxième partie de notre thèse, Glasson, Tissier et Morel préconisaient déjà « un accroissement considérable des pouvoirs du juge qui devrait avoir la direction de la procédure civile, comme cela a lieu dans la procédure suivie devant les tribunaux administratifs » (3). La législation récente réalise en partie ce vœu des illustres auteurs. Comme dans la procédure administrative contentieuse, le juge n'est plus seulement chargé de compter les coups que les parties se donnent. De plus en plus, sa fonction d'arbitre s'estompe, son rôle de leader se fait jour.

L'imitation de la procédure civile par la procédure administrative contentieuse dépasse en intensité et en nature la précédente. Ce ne sont plus quelques principes isolés, mais tout le corps des règles de procédure civile qui est repris par le législateur et le juge. Cette introduction est tantôt ouverte, tantôt cachée. Quelle qu'en soit la nature, quel que soit le procédé employé, elle demeure une imitation.

Le procédé le plus apparent de cette imitation est la mise en application par le législateur d'un texte de procédure civile dans la procédure administrative contentieuse. Ainsi, la loi du 22 juillet 1889 rend expressément applicable à la procédure administrative divers textes du Code de procédure civile, tels les articles 378 et suivants relatifs à la récusation. Mis en face de cette attitude du législateur, le juge administratif se retrouve dans la même situation que le juge civil. Il doit appliquer ces textes. Ce qui n'interdit pas que certaines divergences se produisent dans les interprétations des juges civil et administratif (4). Mais ces divergences résultent d'une donnée étrangère à notre matière : l'appartenance de ces juges à deux Ordres de juridictions différentes. En ce qui concerne la procédure, on doit retenir la similitude des textes applicables. Si le législateur modifie la disposition de procédure civile, il est évident que le juge administratif doit appliquer la règle dans la forme nouvelle qui lui a été donnée. Quelques hésita-

(3) Glasson, Tissier et Morel, *op. cit.*, t. I, p. 69.
(4) V. *supra*, p. 185.

tions se sont produites en ce domaine (5). Mais il n'y a plus, actuellement, de problème.

Plus audacieuse est la technique employée par le juge administratif. Ce dernier proclame des règles générales applicables, même sans texte, devant toutes les juridictions administratives. Souvent, le juge indique expressément que le Code de procédure civile constitue la source de son inspiration. Ainsi, à propos de la tierce opposition, le Conseil d'Etat déclare que « cette voie de recours est ouverte conformément à la règle générale posée par l'article 474 du Code de procédure civile... » (6). D'autres fois, le juge ne cite pas le texte du Code, mais il est évident qu'il imite de la procédure civile la règle qu'il proclame. Lorsque le Conseil d'Etat a récemment affirmé que l'existence du renvoi pour suspicion légitime constituait une règle générale de procédure, il est indubitable qu'il a introduit dans la procédure administrative contentieuse la règle de procédure civile (7). En effet, le régime juridique appliqué à ce renvoi est exactement le même que celui de procédure civile (8). Cette technique des règles générales est utilisée par le juge administratif pour introduire des principes importants de la procédure civile qu'il veut rendre non seulement applicables dans la procédure administrative de droit commun mais, également, dans les autres procédures (9).

Lorsque le juge administratif reprend les règles de la procédure civile pour la seule procédure de droit commun, il le fait de manière moins solennelle. Certes, on trouve quelquefois dans les arrêts du Conseil d'Etat des références expresses au Code de procédure civile. Mais elles remontent, en général, à une époque où la procédure devant les juridictions administratives n'avait pas encore acquis son autonomie. Le plus souvent, la reprise des règles de procédure civile ne s'accompagne d'aucun phénomène apparent. Nous avons vu que c'est ce dernier mode d'appropriation des règles de procédure civile qui est le plus fréquent. Enumérer à nouveau tous les cas dans lesquels le juge administratif reprend les principes élaborés dans l'autre matière serait inutile. Tous les chapitres de la procédure administrative contiennent des règles issues du Code de procédure.

L'influence des règles de la procédure civile sur le législateur de la procédure administrative contentieuse est moins importante. Mais on a constaté, malgré cela, que la plupart des notions consacrées par les textes de procédure administratives sont issues du Code de procédure civile.

Le problème se pose alors de savoir si tous ces rapprochements entre les deux procédures ne permettent pas d'envisager, pour un ave-

(5) V. *supra*, p. 186.

(6) Section, 2 juin 1933, Ruez, Rec. 605, v. supra p.

(7) Section, 8 janvier 1959, Commissaire du gouvernement, D. 1960J.42 avec notre note 5, v. *supra*, p. 135.

(8) V. sur ce point notre introduction.

rir assez proche, la fusion des deux corps de règles. On doit, pour l'exprimer, apprécier l'ampleur actuelle des divergences entre les deux matières.

Certaines des divergences constatées sont absolument secondaires. Elles n'entravent pas la fusion. Il arrive que le juge administratif, lorsqu'il n'est lié par aucune règle, au lieu de se référer au principe de procédure civile, adopte une règle originale sans que cette adoption soit justifiée par une considération propre au droit administratif. L'originalité de la règle de procédure administrative contentieuse tient alors simplement au fait que le juge administratif estime que la règle qu'il adopte est mieux appropriée aux exigences d'une bonne justice. D'autres divergences sont également sans importance réelle. Il arrive que le juge administratif, se retranchant derrière l'absence de texte, refuse d'appliquer un principe de procédure civile. Lorsque l'on a vu le grand nombre de principes de procédure civile qui sont appliqués sans texte par le juge administratif, on ne peut s'empêcher de considérer qu'il y a une grande part de fiction dans cette attitude. En réalité, la position du juge administratif peut signifier deux choses : soit qu'il considère la règle de procédure civile comme inadaptée aux exigences de la procédure administrative contentieuse (cette attitude sera, en conséquence, analysée avec les divergences importantes), soit qu'il estime que la règle de procédure civile n'est pas absolument nécessaire et le refus d'appliquer la règle de procédure civile apparaît alors comme une invitation, lancée par le juge au législateur, d'éclairer par un texte la position de la procédure administrative contentieuse. Il est d'ailleurs possible de réduire à néant, par une intervention législative, *toutes* les divergences étudiées ci-dessus. La fusion ne pose aucun problème dans ces matières.

D'autres oppositions sont plus graves. En effet, dans de nombreux cas, l'esprit d'innovation du juge administratif, les règles originales de la procédure administrative contentieuses sont motivées, expressément ou implicitement, par des exigences propres à cette matière. La présence de l'Administration dans le procès administratif semble entraîner par elle-même, et nécessairement, des bouleversements qui exigent l'élaboration de principes particuliers. Nous avons vu que ces exigences avaient même paru si importantes à une doctrine classique que celle-ci s'était refusée à toute comparaison avec la procédure civile en posant le postulat de l'antagonisme des deux procédures. L'étude que nous avons menée a montré l'erreur de ce postulat. Il reste cependant l'originalité de quelques règles de la procédure administrative. Quelle en est la portée actuelle et future ?

Dans une première série d'espèces étudiées dans notre première partie, l'unité des deux procédures paraît possible. Certes, la présence de l'Administration dans le procès amènera toujours une inégalité de la position des parties dans l'instance. Mais cette inégalité se réalise dans la fixation du cadre de l'instance quelles que soient les règles de procédure adoptées. Ainsi, c'est sa qualité de puissance publique qui per-

met à l'Administration d'être, en général, défenderesse. La procédure ne peut supprimer ce phénomène qui est extérieur à elle. Mais, à part ces éléments qui ne touchent pas notre matière, il est possible d'envisager une fusion des deux procédures en ce domaine. On a remarqué les nombreuses tendances à cette fusion. Mais on a également relevé que le juge administratif s'en tenait à une conception plus rigide de l'instance que la procédure civile. Cette attitude nous a paru procéder d'une mauvaise interprétation des notions de délai et de décision préalable. Dans ce premier domaine, l'étude à laquelle nous nous sommes livré a montré que les arguments classiques que l'on invoquait pour justifier l'antagonisme des deux procédures — et, notamment celui tiré du caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse — étaient erronés.

Au contraire, dans un deuxième domaine, celui de la solution de l'instance, il nous est apparu qu'il fallait donner toute sa portée au particularisme de la procédure administrative contentieuse. Ce n'est pas par hasard que la notion d'intérêt est apparue en premier dans cette matière. Ce n'est pas par hasard que les pouvoirs accordés au juge sont plus grands. La nature des procès portés devant le juge administratif, la considération de l'inégalité des parties, provoquent l'originalité des principes de la procédure administrative contentieuse. La loi protège l'intérêt public ; le juge protège les justiciables privés. Et ceci nous a permis de percevoir que la tendance du législateur de la procédure civile à imiter les pouvoirs du juge administratif ne peut aboutir à une fusion des deux matières. Car, même si on introduit une règle de ce domaine de la procédure administrative contentieuse dans la procédure civile elle perd, dans cette deuxième matière, sa signification originale. Nous avons vu, notamment, comment une règle qui permet, dans la première matière, de lutter contre la prépondérance de l'administration devient, dans la deuxième, un simple moyen d'accélérer le cours de l'instance.

Pour définir le résultat de nos recherches, on dira donc que les deux procédures comprennent un fond de règles communes et quelques différences. Dans le domaine de la fixation du cadre de l'instance, les différences tendent à s'atténuer, mais les règles de procédure administrative subiront toujours l'effet de la puissance publique. Dans le domaine de la solution de l'instance, les différences susbsisteront. Elles permettent à la procédure administrative contentieuse de réduire les prérogatives de l'Administration. Ainsi, la comparaison à laquelle nous nous sommes livrés, nous aura permis de vérifier sur un point particulier l'exactitude d'une proposition que le professeur J. Rivero exprimait dès 1953 : « Il semble bien qu'il n'y ait que deux grandes voies ouvertes à la dérogation au droit commun par laquelle se caractérise le droit administratif... l'action de l'Administration se différenciera de celle du particulier, soit par la majoration des pouvoirs que le droit confère à celui-ci, soit par leur réduction ». (Existe-t-il un critère du droit administratif?) (R.D.P. 1953, p. 294).

# *Bibliographie*

Cette bibliographie ne comprend pas les références aux Encyclopédies (Procédure civile et commerciale, Droit administratif), aux Répertoires (Béquet, Fuzier-Hermann) ou aux chroniques de jurisprudence citées dans le texte :

— Procédure civile, par MM. Hébraud et Raynaud, Rev. trim. dr. civ.

— Procédure administrative contentieuse par MM. Combarnous et Galabert, A. J., M. Drago, R.D.P.

## I. — MANUELS, TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX.


Appleton : Traité élémentaire du contentieux administratif, Paris 1927. Supplément 1936.

Arnoux : De la procédure contentieuse et de la recevabilité des pourvois devant le Conseil d'Etat, Paris, 1889.

Aucoc : Conférences sur l'administration et le Droit administratif, 3e édition, Paris, 1886.

Barthelemy : Traité élémentaire de Droit administratif, 13e édition, Paris, 1933.

Bonecarrère (P.) : De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative, 3e édition de l'ouvrage de Lacoste, Sirey 1914.

Boulouis (J.) : Cours de Droit administratif, 1956-1957, Aix (Office Universitaire de polycopie).

Chauveau et Tambour : Code d'instruction administrative ou Lois de la procédure administrative, 2 vol., Paris, 1896.

Chevalier (J.) : La charge de la preuve, les Cours de Droit, Paris, 1958-1959.

Clément : Exposé pratique de la procédure suivie devant le Conseil d'Etat et le tribunal des conflits, Paris, 1882.

Combarieu : Traité de la procédure administrative devant les conseils de préfecture, Paris, 1890.

Cornu et Foyer : Procédure civile, Thémis, P.U.F., 1958, mise à jour 1960. La réforme judiciaire.

Cuche et Vincent : Procédure civile et commerciale, 11e édition, Dalloz, 1958.

DUEZ et DEBEYRE : Traité de Droit administratif, Dalloz, 1952.
DUGUIT : Traité de Droit constitutionnel, 5 vol., 1921-1926.
FAYE : La Cour de cassation. Traité de ses attributions et de sa compétence et de la procédure observée en matière civile, 1903.
GABOLDE (Chr.) : Petit manuel des procédures d'urgence suivies devant les tribunaux administratifs, Dalloz, 1956.
— Traité pratique de la procédure administrative contentieuse, tribunaux administratifs, Dalloz, 1960.
GARSONNET et CÉZAR-BRU : Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3e édition, 9 vol., 1912-1925, supplément 3 vol., 1931-1938.
GLASSON, TISSIER et MOREL : Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, 3e édition, 5 vol., 1925-1936.
HAMSON (C.-J.) : Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, Paris, L.G.D.J., 1958.
HAURIOU (M.) : Précis de Droit administratif et de Droit public, 12e édition, Sirey, 1933.
IMBERT : L'évolution du recours pour excès de pouvoir, de 1872 à 1900, Paris, 1952.
JACQUELIN : Les principes dominants du contentieux administratif, Paris, 1899.
JÈZE : Les principes généraux du Droit administratif, Paris, 1930.
LAFERRIÈRE : Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2e édition, Paris, 1896, 2 vol.
LAUBADÈRE (A. de) : Traité élémentaire de Droit administratif, 2e édition, L.G.D.J., 1957.
LOBIN (Y.) : Traduction et commentaires du Code de procédure civile italien, Aix, 1958.
MÉRIGNHAC : Traité théorique et pratique des ordonnances sur requête et des référés, 2e édition, 1923.
LONG, WEIL et BRAIBANT : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2e édition, Sirey, 1958.
MICHOUD : La théorie de la personnalité morale et son application en Droit public français, 3e édition, par Trotabas L., 2 vol.
MOREL : Traité élémentaire de procédure civile, 2e édition, Sirey, 1949.
ODENT : Contentieux administratif 1957-1958 (3 fascicules), Paris. Les cours de Droit.
PÉRIER (A.) : Traité de l'organisation et des attributions des conseils de préfecture, 2 vol., Paris 1884.
RETAIL (L.) : Techniques de l'expertise judiciaire, Sirey, 1952.
RIVERO (J.) : Droit administratif, Dalloz, 1960.
ROBERT (J.) : Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, 2e édition, Paris 1935.
SOLUS (H.) : Cours de Droit judiciaire privé, Paris, 1957-1958. Les cours de droit.
TEISSIER et CHAPSAL : Traité de la procédure devant les conseils de préfecture, Paris, 1891.
TISSIER : Théorie et pratique de la tierce opposition, 1890.
TROTABAS : Science et technique fiscales, Dalloz, 1958.
VEDEL : Droit administratif, 2 tomes, P.U.F., Thémis, 1958-1959.
VIZIOZ : Etudes de procédure, Bière, 1956.
WALINE : Droit administratif, 8e édition, Sirey, 1958.

## II. — THESES DE DOCTORAT.

ANDRÉ (G.) : Du principe de la neutralité du juge, Thèse, Paris, 1910.
AUBERT : Le délai du recours pour excès de pouvoir, Thèse, Paris, 1937.

AZARD (P.) : L'immutabilité de la demande en Droit judiciaire français. Thèse, Paris, 1936.
BEAUDOIN : La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir. Thèse, Paris, 1905.
BÉRARD (L.) : La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir, Thèse, Paris, 1932.
BOUVET : De la mise en état de l'instance, Thèse, Paris, 1921.
BOYREAU (P.) : De la prohibition des demandes nouvelles en appel. Thèse, Bordeaux, 1945.
BROCHEN (Y.) : La notion de cause dans les actions en responsabilité civile. Thèse, Lille, 1933.
CAVARE (L.) : Les recours de l'administration devant le juge. Thèse, Toulouse, 1920.
CHAPUS (R.) : Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire. Thèse, Paris 1952, 2e édition, L.G.D.J.
CHEVALLIER (J.-J.) : L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir. Thèse, Nancy, 1924.
CHINOT : Le privilège d'exécution d'office de l'administration. Thèse, Paris, 1945.
FAUVEL : La réforme de l'exécution provisoire des jugements nonosbtant opposition ou appel. Thèse, Paris, 1932.
FONT-REAULX (P. de) : Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs. Thèse, Poitiers, 1930.
FRANCES : Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé. Thèse, Toulouse, 1935.
GABOLDE (Chr.) : Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français. Thèse, Paris, 1952.
GARAUD (L.) : L'intérêt pour agir en justice. Contribution à l'étude de la notion d'intérêt en droit positif. Thèse, Poitiers, 1959 (dactylographiée).
GASSIN : La qualité pour agir en justice. Thèse, Aix, 1955.
GORSE : L'acte de nature à faire grief. Thèse, Paris, 1951 (dactylographiée).
GOUTET (A.) : De la conciliation en matière civile. Thèse, Paris, 1936.
GOUTTENOIRE : Le silence de l'administration. Thèse, Paris, 1932.
GUILLIEN (R.) : L'acte juridictionnel et l'autorité de chose jugée. Thèse, Bordeaux, 1931.
HAUSS : L'introduction de l'instance et l'instruction. Thèse, Strasbourg, 1959 (dactylographiée).
HOSTEING : Le délai du recours pour excès de pouvoir. Thèse, Paris, 1939.
HOUALET (P.) : Le référé administratif. Thèse, Rennes, 1958 (dactylographiée).
JACQUEMART (D.) : Le Conseil d'Etat, juge de cassation. Thèse, Lille, 1956.
JAMPY : La juridiction des référés dans le contentieux administratif. Thèse, Paris, 1919.
KORNPROBST (B.) : La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir. Thèse, Aix, 1958.
KRITTER (J.) : La tierce opposition en Droit administratif. Thèse, Paris, 1935.
LABAYLE : La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif. Thèse, Paris, 1907.
LAINE (M.) : Le recours en interprétation devant les tribunaux administratifs. Thèse, Paris, 1930.
LAMPUE : Les conseils du contentieux administratif des colonies. Thèse, Paris, 1924.
LANDON : Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue. Thèse, Paris, 1942.
LARZYCKI (J.) : De la demande en justice. Thèse, Caen, 1937.

LEFÉBURE (M.) : Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en Droit anglais et français. Thèse, Paris, 1957.
LENOAN : La procédure devant le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort. Thèse, Paris, 1954.
LESAGE : Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. (Contribution à l'étude de la séparation des pouvoirs). Thèse, Lille, 1958.
LOTH : L'autorité de la chose jugée en matière administrative. Thèse, Lille, 1911.
MALBEC : La relativité de la chose jugée. Thèse, Toulouse, 1947 (dactylographiée).
MARTY (G.) : La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait. Thèse, Toulouse, 1929.
MAYNARD : Le jugement déclaratoire. Thèse, Lyon, 1922.
MEJEAN (Ch.) : La procédure devant le conseil de préfecture. Thèse, Paris, 1949.
MICHAUD : La notion d'urgence en Droit judiciaire. Thèse, Paris, 1954 (dactylographiée).
PACTET (P.) : Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative. Thèse, Paris, 1950.
PEISER (G.) : Le recours en cassation en Droit administratif français. Evolution et régime actuel. Thèse, Nancy, 1954.
PLASSARD : Des ouvertures communes à cassation et à requête civile. Thèse, Paris, 1924.
RIVERO (J.) : Les mesures d'ordre intérieur administratives. Thèse, Paris, 1934.
ROLAND (H.) : Chose jugée et tierce opposition. Thèse, Lyon, 1958.
ROYÈRE (L.) : Parallèle entre la procédure des actions administratives et la procédure judiciaire. Thèse, Paris, 1901.
SCHULER : L'instruction des affaires civiles d'après le décret-loi du 30 octobre 1935. Thèse, Paris, 1938.
STEFANI (J.) : La procédure par défaut et l'opposition devant le tribunal civil. Thèse, Paris, 1941.
THEVENET : Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et administrative. Thèse, Lyon, 1921.
TOURDIAS (M.) : Le sursis à exécution des décisions administratives. Thèse, Bordeaux, 1956.
WEIL (P.) : Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Thèse, Paris, 1952.

## III. — ARTICLES.

ANDRÉ-VINCENT (P.) : Le recours en révision contre les arrêts du Conseil d'Etat, R.D.P., 1938, p. 423.
AUBY (J.-M.) : L'arbitrage en matière administrative, A.J., 1955, I. 81.
AUDINET (J.) : La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations, Rev. trim. dr. civ., 1955, p. 213.
BENTZ (J.) : Le tiers à l'acte administratif, R.P.D.A., 1958, p. 164.
BONNEAU : La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs, D. 1955, Chr. 11.
— Contribution jurisprudentielle à l'essor du référé administratif, R.P.D.A., 1957, p. 142.
BOSC : Des recours collectifs en Droit français, R.D.P., 1927, p. 348.
BOULOUIS (J.) : L'arbitrage en Droit public français, rapport présenté au Congrès de Droit minier et pétrolier, Aix, 1958.

BOYER : Les effets des jugements à l'égard des tiers, Rev. trim. dr. civ., 1951, p. 163.
CARBONNIER (J.) : La notion de cause de divorce. Rev. trim. dr. civ., 1937, p. 281.
CHARLIER (R.-E.) : Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur, J.C.P., 1954, I. 1169.
DRAGO (R.) : La procédure de référé devant le Conseil d'Etat, R.D.P., 1953, p. 297.
— L'évocation dans la procédure administrative, R.D.P., 1957, p. 453.
DRAGO (R.) et HEILBRONNER (A.) : L'administration consultative en France, Rev. int. sc. adm., 1959, p. 57.
DUPEYROUX (O.) : Le ministère public auprès des juridictions administratives. L'évolution du Droit public (Etudes offertes à A. Mestre), p. 179.
DUPUY (R.-J.) : Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation, R.D.P., 1950, p. 505.
DURAND (P.) : Défense de l'action syndicale, D. 1960, Chr. 22.
FEUER (G.) : Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative, R.D.P., 1958, p. 19.
FLINIAUX : Le recours en appréciation de validité, Mélanges, Hauriou.
FONT-REAULX (P. de) : Le référé administratif, R.P.D.A., 1956, p. 6.
GABOLDE (Chr.) : Pour un véritable référé administratif, D. 1949, Chr. 172.
GAZIER : Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950, E.D.C.E., 1951, p. 77.
GIVERDON (Cl.) : La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, Chr. 87.
— La réforme de la procédure par défaut, D. 1959, Chr. 201.
GUILLOT et MEURISSE : Les limites de l'appel incident, J.C.P., 1954, II. 1161.
HAURIOU : Les éléments du contentieux. Recueil de législation de Toulouse, 1905, p. 1, 1907, p. 149.
HÉBRAUD (P.) : Commentaire de la loi du 23 mai 1942 sur l'exécution provisoire des jugements, D.C., 1942, 61.
— L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile. Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, 1951, p. 39.
HEILBRONNER : Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, D. 1953, Chr. 183.
HEILBRONNER (A.) et DRAGO (R.) : L'administration consultative en France. Rev. int. sc. adm. 1959, p. 57.
HEURTE (A.) : La notion d'ordre public dans la procédure administrative, R.D.P., 1953, p. 615.
— L'acquiescement dans la procédure administrative, R.P.D.A., 1954, p. 182.
— La tierce opposition en Droit administratif. D. 1955, Chr. 67.
— De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les tribunaux administratifs, A.J., 1955, I. 37.
— Conclusions nouvelles et moyens nouveaux présentés à l'audience du tribunal administratif, A.J., 1957, I. 37.
— Le désistement dans la jurisprudence de Conseil d'Etat. Le désistement en Droit public et en Droit civil, A.J., 1959, I. 81.
HOURTICQ : Le référé administratif. Départements et communes, 1956, p. 13, p. 47.
KAYSER (P.) : La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative. Rev. trim. dr. civ., 1959.
LAMPUE (P.) : Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX[e] siècle. Revue internationale des sciences administratives, 1954, p. 359.
LARGUIER : La preuve d'un fait négatif. Rev. trim. dr. civ., 1953, p. 1.

LAVAU (G.) : Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs. R.D.P., 1950, p. 777.
LE CLEC'H : De l'insuffisance de motifs, manque de base légale des décisions judiciaires. J.C.P. 1946, I. 690.
— Moyens et arguments devant la Cour de cassation. J.C.P., 1951. I. 939.
LEFAS : Note sur les réformes. E.D.C.E., 1958, p. 83.
LEMASURIER (J.) : La preuve dans le détournement de pouvoir. R.D.P., 1959, p. 36.
LETOURNEUR (M.) : L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif, E.D.C.E., 1958, p. 59.
LEVANTAL (L.) : L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives. D. 1954, Chr. 99.
LINDON (R.) : Les modifications du Code de procédure civile en matière de conflits de compétence. J.C.P., 1959, I. 1468.
LOBIN (Y.) : Le Code de procédure civile italien. Rev. int. de Droit comparé, 1958, p. 525.
MASPETIOL (R.) : Le Conseil d'Etat. Revue des Deux-Mondes, 1958, T. III, p. 636.
MAZEAUD (L.) et VEDEL (G.) : Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre? Cahiers de documentation juridique, 1950, p. 224.
MAZEAUD (H.) : La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile. D. 1954, Chr. 39.
MEJEAN (F.) : Référé administratif. Sursis à exécution. Expertise d'urgence. Rev. adm. 1954, p. 257.
— Les différences entre les procédures devant le Conseil d'Etat et devant les tribunaux administratifs. E.D.C.E., 1957, p. 141.
MEJEAN (F.) : La réforme de la procédure contentieuse administrative. Rev. adm., 1959, p. 144.
MEURISSE : Effet dévolutif de l'appel, évocation, plénitude de juridiction. Gaz. Pal., 1950, I. 2.
— Effet dévolutif de l'appel ou évocation. D. 1953, Chr. 127.
— Effet dévolutif de l'appel et évocation. Gaz. Pal. 1958.II.1.
MIMIN : Les énonciations nécessaires, base légale des jugements. J.C.P., 1946.I.541.
MORANGE (G.) : La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative. D. 1953, Chr. 27.
MOTULSKY : Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême. J.C.P., 1953. I.1095.
— Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation. J.C.P. 1958.I.1423.
NGUYEN-QUOC-DINH : L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir. R.D.P., 1946, p. 389.
NOEL (M.) : Les motifs dans les décisions des juridictions administratives. R.D.P., 1924, p. 350.
ODENT : Les droits de la défense. E.D.C.E., 1953, p. 55.
RAYNAUD (P.) : La renonciation à un droit, sa nature et son domaine. Rev. trim. dr. civ., 1936, p. 763.
— Le désistement d'instance. Rev. trim. dr. civ., 1942, p. 12.
RIVERO : Existe-t-il un critère du Droit administratif? R.D.P., 1953, p. 279.
SIEDLECKI : Les demandes reconventionnelles. Etude critique et comparative. Rev. trim. dr. civ., 1937, p. 772.
SIRAT (Ch.) : L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative, J.C.P. 1958.I.1440.
SOLUS (H.) : La réforme de l'exécution provisoire. Lois nouvelles, 1942. I.153.

— Le rôle du juge dans l'administration de la preuve. Travaux de l'association H. Capitant, 1949, p. 128.
SOUBEYROL (J.) : La communication des documents administratifs aux administrés, A.J. 1958.I.43.
STARCK : L'affaire Ghattas et le problème de l'autorité absolue des jugements en matière de nationalité. Rev. critique de Droit international privé, 1950, p. 310.
THORP (R.-W.) : La réforme de la procédure civile. Le Monde, 8-9 mai 1959.
— Perspectives sur la réforme judiciaire. Le Monde, 14 janvier 1960.
TIXIER : Les effets de l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir. D. 1957, Chr. 25.
TOURNON : Le défaut de motifs, vice de forme des jugements. J.C.P., 1946, I. 553.
TROTABAS (L.) : La nature juridique du contentieux fiscal. Mélanges Hauriou, 1929, p. 711.
VASSEUR (M.) : Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure. Rev. trim. dr. civ. 1950, p. 439.
— Urgence et Droit civil. Rev. trim. dr. civ., 1954, p. 429.
VOUIN : De la recevabilité de l'action « syndicale » des associations. J.C.P. 1955.I.1207.
WEIL (P.) : La règle de la « double juridiction » en matière de responsabilité des comptables publics. Rev. sc. lég. fin., 1950, p. 74.

## IV. — NOTES ET CONCLUSIONS.

AGID' : Concl., sur 1er décembre 1950, E.D.F. Cahiers de documentation juridique d'E.D.F. et G.D.F. 1951, p. 80.
— Concl. sur Assemblée, 28 juillet 1951, Bérenger, Rec. 473.
ALIBERT : Note, sous 2 mars 1934, Plet, et 29 mars 1935, Pérignon, S. 1936. III.97.
ANDRIEUX : Concl. sur 11 mai 1928, demoiselle Rucheton, S. 1928.III.97.
APPLETON' : Note, sous 22 décembre 1924, Société d'assurance mutuelle « Les travailleurs français », D.P. 1925.III.9.
AUBERT : Note sous Civ., 4 décembre 1929, S. 1931.I.361.
AUBY : Note, sous 4 avril 1952, Gerbaud, S. 1952.III.97.
BEQUIGNON-LAGARDE : Note sous Civ., 25 novembre 1935, S. 1936.I.129.
BALLEYDIER : Note sous Req., 11 janvier 1892, S. 1894.I.321.
BARBET : Concl. sur Section, 5 mai 1950, Hounicheren, Rec. 266.
BERGET : Concl., sur 10 août 1918, Villes, Rec. 841. S. 1922.3.57.
BERNARD : Concl., sur 9 novembre 1955, Chauveau, A.J. 1956.II.1.
— Concl. sur Section, 21 mars 1958, Delteil, Rec. 189.
— Concl. sur Assemblée, 16 avril 1958, Romilly, A.J. 1958.II.349.
— Concl., sur 19 novembre 1958, Butori, A.J. 1938.II.450.
— Concl., sur 23 octobre 1959, Doublet, R.D..P. 1959, p. 1235.
BINET : Note sous Civ., 17 décembre 1913, D.P. 1914.I.261.
BLUM : Concl., sur 29 novembre 1912, Boussuge, Rec. 1128.
BORELLA : Note sous Assemblée, 13 décembre 1957, Société Nationale de vente des surplus, R.P.D.A. 1958, p. 8.
BOULOUIS : Note, sous 1er décembre 1950, E.D.F. S. 1951.III.61.
BRAIBANT : Concl. sur Section, 13 juin 1958, Barbier, A.J. 1958.I.68.
— Concl., sur 13 juin 1958, Dame Veuve Polin, S. 1958, p. 352.
— Concl. sur Section, 12 décembre 1958, Banque Alsacienne Privée, A.J. 1959.II.24.
— Concl. sur Section, 12 décembre 1958, Levoir, D. 1959.J.6.

— Concl., sur 12 décembre 1958, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c/ Société des Ateliers de Wagons de Brignoud, et Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c/ Société immobilière des Cités-jardins de Brignoud, Droit social 1959.I.211.
— Concl. sur Section, 23 janvier 1959, Derambure, Rec. 68.
— Concl. sur Section, 23 janvier 1959, commune d'Huez, A.J. 1959. II.65.
Carbonnier : Note, sous 31 octobre 1934, D.P. 1935.I.52.
Cézar-Bru : Note sous Pau, 5 janvier 1898, D. 1899.II.225.
— Note sous Civ., 16 juin 1942, D.C. 1944.49.
Chardeau : Concl., sur 12 décembre 1953, de Bayo, R.P.D.A. 1954, p. 3.
— Concl. sur Section, 2 mars 1956, Compagnie française des automobiles de place, D. 1956.J.268.
— Concl. sur Section, 13 juillet 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction c/ Consorts Piéton Guibout, A.J. 1956.II.321.
— Concl. sur Assemblée, 4 janvier 1957, Lamborot, A.J. 1957.II.108.
— Concl. sur Section, 21 juin 1957, Dupuy, A.J. 1957.I.49.
— Concl. sur Section, 13 juillet 1956, Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine, Rec. 346.
— Concl. sur Section, 6 juin 1958, Debru, Rec. 320.
— Concl. sur Assemblée, 30 janvier 1959, Grange, Rec. 85.
Chenot : Concl. sur Section, 4 février 1944, Vernant, R.D.P. 1944, p. 171.
— Concl., sur 10 février 1950, Gicquel, Rec. 100.
Chrétien : Note, sous 3 novembre 1947, Sieur X..., J.C.P. 1948.II.4106.
Copper-Royer : Note, sous 20 décembre 1957, Binet, A.J. 1958.II.247.
Coulet : Note sous Assemblée, 21 octobre 1955, dame Braud, A.J. 1955. II.408.
Corneille : Concl., sur 20 juin 1913, Téry, Rec. 736.
— Concl., sur 21 novembre 1923, Association des fonctionnaires de l'administration centrale des P.T.T., S. 1923.III.7.
Cremieu : Note sous Civ., 7 décembre 1954, D. 1955-J.110.
Debbasch : Note, sous 8 janvier 1959, Commissaire du gouvernement, D. 1960.J.42.
Delvolve : Concl. sur Section, 30 juin 1950; Delmas et autres, Rec. 404.
— Concl. sur 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, S. 1951.III.74.
Detton : Concl., sur 27 janvier 1933, Le Loir, D.. 1934.III.68, S. 1933.III. 132.
Donnedieu de Vabres : Concl., sur 4 avril 1952, Gerbaud, R.D.P. 1952, p. 487.
— Concl., sur 23 octobre 1953, Huckel, R.J.P.U.F. 1954, p. 279.
Drago : Note, sous 25 juin 1952, Fousse et Ewald, R.D.P. 1953, p. 297.
— Note sous Section, 27 juin 1956, M.R.L. c/ Dame veuve Corbeil, D. 1956.J.755.
— Note sous Section, 12 octobre 1956, Desseaux, D. 1956.J.757.
— Note, sous 13 novembre 1959, Duge, A.J. 1960.II.13.
— Note sous Assemblée, 11 mai 1959, Miret, D. 1959.J.397.
— Note sous Section, 12 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, S. 1959.J.202.
Eisenmann : Note sous Assemblée, 28 mai 1954, Barel, R.P.D.A. 1954, p. 149.
Font-Reaulx (P. de) : Note, sous 6 février 1931, Syndicat normand de filature de coton et autres, S. 1931.III.49.
Fougère : Concl. sur Section, 7 mai 1954, Bercovics, R.P.D.A. 1954, p. 125.
Fournier et Braibant : Note sous Section, 13 juillet 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction c/ consorts, Piéton Guibout, A.J. 1956. II. 399.
Fournier : Concl. sur Section, 12 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, R.D.P. 1959, p. 1004.

— Concl. sur Section, 26 juin 1959, Syndicat algérien de l'éducation surveillée, A.J. 1960.II.265.
— Concl. sur Section, 22 janvier 1960, Rev. A.J. 1960.II.55.
FREJAVILLE : Note, sous 28 février 1947, Jammes, et 20 février 1948, Ferrandi, J.C.P. 1948.II.4284.
GAZIER et LONG : Note, sous 12 décembre 1953, de Bayo, A.J. 1954.II *bis*.2.
GAZIER : Concl. sur Section, 16 juin 1950, Etablissements Batle, Rec. 370.
— Concl., sur 8 novembre 1957, Maury, A.J. 1958.II.50.
— Concl., sur 13 novembre 1957, Société nationale de vente des surplus, D. 1958.J.517.
— Concl. sur Assemblée, 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, R.P.D.A. 1958, p. 8.
GILLI : Note sous Section, 16 janvier 1959, Pailloux, D. 1959, p. 419.
GIVERDON : Note sous Tr. civ. Seine, 19 juin 1957, J.C.P. 1958.II.10718.
— Note sous Tr. de paix de Nice, 23 juillet 1958, D. 1959.J.374.
GLASSON : Note sous Montpellier, 28 mars 1890, D.P. 1892.II.69.
GREVISSE : Concl. sur Assemblée, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la guerre c/ Coulon, R.D.P. 1955, p. 995.
— Concl. sur Section, 29 mars 1957, Roger, A.J. 1957.II.205.
— Concl., sur 15 juillet 1957, ville de Strasbourg, A.J. 1958.II.20.
— Concl. sur Section, 18 octobre 1957, Floch, Rec. 542.
— Concl. sur Assemblée, 7 février 1958, Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie et autres, A.J. 1958.II.130.
GUIONIN : Concl., sur 27 décembre 1948, commune de Champigny-sur-Marne, D. 1949.408.
— Concl. sur Section, 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, S. 1951.III.7.
— Concl. sur Section, 12 juillet 1955, Grundberg, Rec. 407.
— Concl. sur Assemblée, 21 octobre 1955, Dame Braud, D. 1956.J.139, R.D.P. 1956, p. 161.
GULDNER : Concl., sur 7 juin 1957, Préfet de la Gironde c/ Paillet, A.J. 1957.II.365.
— Concl., sur 17 janvier 1958, Raguenet, R.P.D.A. 1958, p. 41.
HAURIOU : Note, sous 10 février 1893, Bied-Charreton et 10 mars 1893, Poisson, S. 1894.III.129.
— Note, sous 13 décembre 1889, Cadot, S. 1892.III.17.
— Note, sous 8 décembre 1899, ville d'Avignon, S. 1900.III.72.
— Note, sous 29 mars 1901, Casanova, S. 1901.III.73.
— Note, sous 7 juin 1902, Maire de Néris-les-Bains, S. 1902.3.81.
— Note sous T.C., 2 décembre 1902, Société Immobilière de Saint-Just, S. 1904.3.17.
— Note, sous 27 février 1903, Zimmermann, S. 1906.III.17.
— Note, sous 11 décembre 1903, Lot et Molinier, S. 1904.III.113.
— Note, sous 29 novembre 1912, Boussuge, S. 1914.III.33.
— Note, sous 29 juin 1906, Carteron, S. 1907.III.97.
— Note, sous 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, S. 1907.III.33.
— Note, sous 31 mai 1907, Deplanque, S. 1907.III.113.
— Note, sous 24 novembre 1911, commune de Saint-Blancard, S. 1912.III.1.
— Note, sous 29 novembre 1912, Boussuge, S .1914.III.33.
— Note, sous 3 novembre 1922, Dame Cachet, S. 1925.III.9.
— Note, sous 22 décembre 1924, Société d'assurance mutuelle « Les travailleurs français », S. 1926.III.1.
— Note, sous 11 mai 1928, Demoiselle Rucheton, S. 1928.III.97.
— Note, sous 28 juin 1928, époux de Sigalas, S. 1928.III.113.
HEILBRONNER : Concl., sur 27 janvier 1911, Richemond, Rec. 105.
HEUMANN : Concl. sur Section, 6 juillet 1956, ministre de l'Intérieur c/ sieur Allemand, Rec. 296.

— Concl. sur Section, 17 mai 1957, Simonet, Rec. 314.
JACOMET : Concl., sur 3 novembre 1947, sieur X..., Gaz. Pal. 1947.II.239.
— Concl. sur Assemblée, 4 mars 1955, Dame veuve Sticotti, R.D.P. 1955, p. 733.
JAGERSCHMIDT : Concl., sur 23 mai 1890, Préfet de l'Isère, D.P. 1892.III.3.
— Concl., sur 8 décembre 1899, ville d'Avignon, Rec. 719.
— Concl., sur 13 décembre 1889, Cadot, Rec. 1148, S. 1891.III.41.
JAPIOT : Note sous Civ., 30 novembre 1925, Gaz. Pal. 16 décembre 1925.
JEANNEAU : Note sous Section, 17 mai 1957, Simonet, D. 1957.J.580.
JÈZE : Note, sous 3 février 1905, Storch, R.D.P. 1905, p. 346.
— Note, sous 29 novembre 1912, Boussuge, R.D.P. 1913, p. 331.
— Note, sous 17 février 1922, Fedel, R.D.P. 1922, p. 68.
— Note sous Section, 4 février 1944, Vernant, R.D.P. 1944, p. 171.
J. (P.-L.) : Note sous 27 février 1948, Société des Laboratoires du Bac et autres, D. 1948.J.556.
JOSSE : Concl. sur 28 juin 1928, époux de Sigalas, S. 1928.III.113.
— Concl., sur 21 novembre 1930, Dame veuve Benoît, S. 1931.III.36.
— Concl., sur 3 avril 1936, Sudre, D.P. 1936.III.57.
JOUVIN : Concl. sur Section, 4 octobre 1957, ministre des Travaux publics et sieur Beaufils, Rec. 510.
KAHN : Concl., sur 25 février 1955, Syndicat national du commerce des métaux, A.J. 1956.II.164.
— Concl., sur 23 mars 1956, Dame veuve Ginestet, A.J. 1956, p. 164.
— Concl. sur section, 7décembre 1956, Dame veuve Loret, Compagnie Le Phénix-Accidents, D. 1957.J.3.
LALOU : Note sous Civ., 4 mai 1910, D.P. 1910.I.385.
L. (P.) : Note, sous 16 janvier 1931, Lanoé, S. 1931.III.33.
LALOU : Note sous Civ., 19 octobre 1943, D.C. 1944.J.14.
LANDRON : Concl. sur Assemblée, 1er juin 1956, Société « Approvisionnement, Livraison, Vente et Publicité », A.J. 1956.II.335.
— Concl. sur Assemblée, 19 novembre 1956, Andréani, R.P.D.A. 1956, p. 25.
LASRY : Concl., sur 23 mars 1956, sieur X..., D. 1957.J.149.
— Concl., sur 2 janvier 1957, Société Lancery, A.J. 1957.II.58.
— Concl., sur 10 mai 1957, Sous-Secrétaire d'État à la Marine marchande c/ commune de Saint-Brévin-les-Pins, A.J. 1957.II.246.
— Concl., sur 15 juillet 1957, ville de Royan, R.D.P. 1958, p. 109.
LATOURNERIE : Concl., sur 29 janvier 1932, Dame veuve Janson, D.P. 1933.III.31.
— Concl. sur Section, 23 juillet 1937, Ali Tur, R.D.P. 1938, p. 103.
LAURENT : Concl. sur Section, 1er octobre 1954, ministre des Finances et Affaires économiques c/ Crédit Coopératif Foncier, Rec. 492.
— Concl. sur Assemblée, 4 janvier 1957, Blanc, A.J. 1957.II.107.
— Concl. sur 2 février 1957, Entreprise et sieur Rajinski, A.J. 1957. II.114.
— Concl. sur Section, 2 avril 1954, Gaebele, Rec. Penant, 1954, p. 263.
— Concl. sur 15 octobre 1954, Société financière de France, A.J. 1954. II.461.
— Concl., sur 17 juin 1955, Association des sports Randenay, A.J. 1955.II.289.
— Concl., sur 1er juillet 1955, Charles, A.J. 1955.II.302.
— Concl. sur Section, 16 décembre 1955, commune d'Orcières, A.J. 1956.II.26.
— Concl. sur Section, 11 mai 1956, Compagnie des transports en commun de la région de Douai, A.J. 1956.II.275.
LETOURNEUR : Note, sous 11 janvier 1951, Commission centrale d'assistance, S. 1951.III.101.
— Concl. sur Section, 24 octobre 1952, Caisse primaire de Sécurité sociale de Grenoble, R.D.P. 1952, p. 1004.

— Concl. sur 28 mai 1954, Barel, Rec. 308, R.D.P. 1954.509, R.P.D.A. 1954.149, Rev. adm. 1954.393.
LEVAVASSEUR DE PRECOURT : Concl., sur 3 août 1883, Raveneau c/ ville de Rennes, S. 1886.III.48.
LHUILLIER : Note, sous 1er décembre 1950, E.D.F., D. 1952.J.642.
— Note, sous 13 novembre 1957, Société nationale de vente des surplus, D. 1958.J.517.
— Note sous Section, 12 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, D. 1959.J.41.
LIET-VEAUX : Note, sous 18 octobre 1946, Duchatel et veuve Lesage, S. 1947.III.49.
— Note sous Tr. adm. Versailles, 8 mars 1954, Rev. adm. 1954, p. 149.
— Note sous Assemblée, 28 mai 1954, Barel, Rev. adm. 1954, p. 393.
LOBIN : Note sous Tr. gr. inst. 29 septembre 1959, D. 1959-J.608.
LONG : Note sous Assemblée, 28 mai 1954, Barel, A.J. 1954.II.396.
— Concl., sur 20 avril 1956, ville de Nice, R.D.P. 1956, p. 582.
— Concl. sur Section, 11 mai 1956, Société française des transports Goudraud, A.J. 1956.II.247.
— Concl., sur 9 juillet 1956, Gouverneur général de l'Algérie, A.J. 1956.II.393.
— Concl. sur Section, 12 octobre 1956, Saporta, A.J. 1956.11.410.
— Concl. sur Section, 26 octobre 1956, demoiselle Cavalier et autres, A.J. 1957.II.29.
— Concl. sur Section, 15 juillet 1957, ville de Royan, R.D.P. 1957, p. 109.
— Concl. sur Section, 14 février 1958, Société Thorraud et Compagnie, A.J. 1958.II.66.
— Concl. sur Section, 14 février 1958, Abisset, Rec. 98.
— Concl. sur 14 février 1958, sieurs Perret et Chamley, R.D.P. 1958, p. 991.
MALAURIE : Note sous Civ., 18 mars 1955, D. 1956.J.517.
MARTIN : Concl., sur 6 juillet 1950, ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme, Gaz. Pal. 1950.II.429.
MARTY : Note, sous 27 juillet 1937. S. 1938.I.321.
MATHIOT : Note sous Section, 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, S. 1951.III.7.
— Note sous Assemblée, 28 mai 1954, Barel, S. 1951.III.97.
MAYER : Concl. sur 1er août 1924, Administration des chemins de fer de l'Etat, S. 1925.III.26.
MAYRAS : Concl. sur Section, 12 juin 1959, ministre des Affaires économiques et financières c/ Filiaire, A.J. 1959.II.191.
MAZEAUD : Note sous Civ., 16 janvier 1940, S. 1940.I.97.
MESTRE : Note sous Civ., 5 avril 1913, S. 1920.I.49.
MORANGE : Note sous 7 février 1947, d'Aillières, J.C.P. 1947.II.3502.
— Note sous 25 janvier 1952, Simon, D. 1952.J.549.
— Note sous Assemblée, 28 mai 1954, Barel, D. 1954.J.594.
— Note sous Assemblée, 21 octobre 1955, Dame Brand, D. 1956.J.139.
MOSSET : Concl., sur 18 janvier 1957, Mantega, A.J. 1957.II.200.
MOTULSKY : Note sous 13 novembre 1957, Société nationale de vente des surplus, J.C.P. 1958.II.10800.
NAQUET : Note sous Civ., 14 novembre 1900, S. 1902.I.265.
NAST : Note sous Civ., 5 avril 1913, D.P. 1914.I.65.
ODENT : Concl., sur 7 février 1947, d'Aillières, R.D.P. 1947.68.
— Concl. du 25 novembre 1949, Société technique des appareils centrifuges industriels, S. 1950.III.33.
PERROT (R.) : Note sur Tr. civ. Montluçon, 9 novembre 1951 et Tr. civ. Meaux, 2 avril 1952, D. 1952.J.564.
PILON : Note sous civ., 4 novembre 1901, S. 1903.I.279.

PLANTEY : Note sous Section, 16 décembre 1955, commune d'Orcières, J.C.P. 1956.II.9051.
POUSSIÈRE : Concl. sur Section, 6 juillet 1956, sieur X..., A.J. 1956.II.318.
QUERMONNE : Note sous 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit, D. 1958.J.178.
— Note sous T.C., 6 juillet 1957, Saiac c/ ville de Paris, D. 1958.J.310.
— Note, sous 28 novembre 1958, Lépouse, D. 1959.J.263.
RIBOULET : Concl., sur 26 juillet 1912, Compagnie d'Orléans et du Midi c/ l'Etat, Rec. 889.
RIPERT : Note sous Ch. Réunies, 13 février 1930, D.P. 1930.I.57.
RIVET : Concl., sur 3 novembre 1922, Dame Cachet, R.D.P. 1922, p. 552.
ROBERT : Note sous Paris, 15 juin 1956, D. 1957.J.587.
RODIÈRE : Note sous Civ., 19 octobre 1943, J.C.P. 1954.II.2893.
ROLLAND : Note sous Section, 5 mai 1950, Paloque, D. 1950.J.757.
ROMIEU : Concl., sur 27 mars 1893, Compagnie des Chemins de Fer du Nord, de l'Est et autres, S. 1894.III.19.
— Concl. sur R.C., 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, D. 1903.III.41, S. 1904.III.17.
— Concl., sur 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. 962.
— Concl., sur 28 décembre 1906, Rec. 977, S. 1907.III.23.
ROUCHON-MAZERAT : Concl., sur 15 janvier 1932, Dame veuve Reynes, D.P. 1932.III.11.
ROUSSEAU (Ch.) : Note sous Civ., 18 décembre 1939, S. 1934.III.257.
SAUVAGEOT : Note, sous 21 novembre 1952, Union fédérale des magistrats, J.C.P. 1953.II.7385.
SAVATIER : Note sous Poitiers, 31 décembre 1918, D.P. 1920.II.59 et sous Civ., 23 avril 1925, D. 1925.I.201.
— Note sous Req., 16 juillet 1928, D.P. 1929.I.33.
— Note sous Civ., 27 juillet 1937, D. 1938.J.5.
— Note sous Civ., 17 juin 1953, J.C.P. 1953.II.7822.
SILLARD : Note sous Section, 21 juin 1957, Dupuy, A.J. 1957.II.332.
SINAY : Note sous Comm., 13 février 1957, J.C.P. 1957.II.10. 170 *bis*.
— Note sous Civ., 19 février 1958, J.C.P. 1958.II.10 642.
SOLUS : Note sous Paris, 2 novembre 1945, S. 1946.II.45.
— Note sous Amiens, 28 juillet 1947, S. 1948.II.21.
SOTO (de) : Note sous Section, 4 février 1944, Vernant, Penant 1947.I., p. 35.
— Note, sous 19 février 1947, Derbez, D. 1950.J.615.
— Note, sous 23 octobre 1953, Huckel, Rec. Penant 1954, p. 183.
— Note, sous 12 décembre 1953, de Bayo, A.J. 1954.II.138.
— Note sous Section, 2 avril 1954, Gaebele, Rec. Penant 1954, p. 263.
SOTO (de) et LEAUTE : Note sous Assemblée, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la guerre c/ Coulon, D. 1955.J.555.
T. (L.) : Note, sous 23 mars 1956, sieur X..., D. 1957.J.149.
TISSIER : Note sous Civ., 24 juillet 1889, S. 1900.I.305.
— Note sous Civ., 12 mars 1889, S. 1889.I.513.
TRICOT : Concl. sur Assemblée, 31 mai 1957, sieur Balpêtré, Rec. 362.
VALABRÈGUE : Concl., sur 25 mars 1887, Elections de Saint-Dourat, Rec. 268.
VEDEL : Note, sous 8 juin 1951, Dreyfus-Schmidt, J.C.P. 1952.II.6810.
— Note, sous 4 avril 1952, Gerbaud, J.C.P. 1952.II.132.
VISMARD : Note sous Tr. civ. Toulon, 18 décembre 1957, J.C.P. 1958.II. 10 398.
— Note sous Civ., 13 mai 1958, J.C.P. 1958.II.10 669.
VIZIOZ : Note sous Civ., 14 janvier 1942, Rev. tr. dr. civ. 1943, p. 56.
VOIRIN : Note sous Civ., 18 décembre 1933, D.P. 1934.I.17.
VOUIN : Note sous Crim., 17 février 1950, D. 1950.J.347.

WALINE : Note sous 3 avril 1936, Sudre, D.P. 1936.III.57.
— Note, sous 7 février 1947, d'Aillières, R.D.P. 1947.68.
— Note, sous T.C., 17 juin 1948, Manufacture de Velours et Peluches, R.D.P. 1948, p. 581.
— Note, sous 4 avril 1952, Gerbaud, R.D.P. 1952, p. 487.
— Note sous Section, 24 octobre 1952, Caisse primaire de Sécurité sociale de Grenoble, R.D.P. 1952, p. 1044.
— Note sous Assemblée, 28 mai 1954, Barel, R.D.P. 1954, p. 569.
— Note sur Section, 1er avril 1955, Delarue, R.D.P. 1955, p. 992.
— Note sous Section, 13 juillet 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction c/ consorts Piéton Guibout, R.D.P. 1957, p. 296.
— Note, sous 29 mars 1957, Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes c/ Mlle Costier, R.D.P. 1957.1065.
— Note, sous 7 juin 1957, Préfet de la Gironde c/ Paillet, R.D.P. 1958, p. 101.
— Note sous Section, 20 juin 1958, Guimezanes, R.D.P. 1959, p. 105.
— Note, sous 25 juin 1958, sieur Bilger, R.D.P. 1959, p. 108.
— Note, sous 3 décembre 1958, Boutin, R.D.P. 1959, p. 756.
WEIL : Note sous Section, 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, D. 1950.J.383.
— Note, sous 20 avril 1956, ville de Nice, A.J. 1956.II.266.

# *Index alphabétique*

(*Les chiffres renvoient aux pages.*)


— A —

Acquiescement : 224.
Actes de procédure : 283.
Actes de nullités : 258.
Administration - privilège d'action d'office : 16.
Affaire en état : 422.
Appel : v. Double degré de juridiction.
Appel - défense : 80.
Appel - demande nouvelle : 83, 190.
Appel - effet dévolutif : 410.
Appel - évocation : 416.
Appel incident : 66.
Appel incident - pouvoirs des parties : 73.
Appel principal - désistement : 72.
Appel principal - pouvoirs des parties : 73.
Appel principal - recevabilité : 73.
Arbitrage : 356.
Astreinte : 447.
Autonomie : 5.
Avocat : v. Représentant des parties.
Avoué : v. Représentant des parties.

— C —

Cassation - contrôle du juge : 426.
Cassation - moyens d'ordre public : 109.
Cassation - moyens nouveaux : 107.
Cassation - pouvoirs des parties : 107.
Cassation - pouvoirs du juge : 426.
Cassation - principe : 192.
Cassation - recevabilité : 197.
Cassation - renvoi : 431.
Cause : 34, 94.
Chose jugée - autorité absolue : 129.
Chose jugée - autorité relative : 126.
Chose jugée - contenu : 406.
Chose jugée - effets : 408.
Chose jugée - exception : 123.
Chose jugée - motifs : 160.
Comparution personnelle : 399.
Compétence : v. Pouvoir de statuer.
Conciliation : 21.
Connexité : 47, 57.
Contestation : 243.
Constat d'urgence : 311.
Convocation : 144.

— D —

Décision préalable : 22, 50.
Décision préalable - demande de : 36.
Défaut : 168.
Défendeur : 16, 91.
Défense (droits de la) - communications : 145.
Défense (droits de la) - convocation : 144.

Défense (droit de la) - garantie des : 143.
Délai : 50, 292, 297.
Délai - computation : 292.
Délai - distances : 295.
Délai - expiration : 294.
Délai - nul ne se forclôt soi-même: 295.
Délai - prorogation : 293.
Délai - suspension : 293.
Demande additionnelle : 46.
Demande incidente : 44.
Demande nouvelle : v. Appel.
Demande reconventionnelle : 53.
Demandeur-administration : 18.
Demandeur - initiative : 15.
Demandeur - pouvoirs : 20.
Désistement : 214.
Double degré de juridiction : 176.
Double degré de juridiction - renonciation : 187.

— E —

Ecriture : 281.
Effet dévolutif : v. Appel.
Effet suspensif : 230, 300, 302, 321.
Enquête : 397.
Evocation : v. Appel.
Exécution provisoire : 322.
Expertise : 396.

— I —

Immutabilité du litige : 43.
Imparité : 155.
Inscription de faux : 400.
Instance : 8.
Instance - initiative : 14.
Instruction : 361, v. Preuve.
Intérêt : 248.
Intérêt - acte administratif donnant : 249.
Intérêt - instances dérivées : 279.
Intérêt - instance principale : 248.
Intérêt - né et actuel : 276.
Intérêt - matériel ou moral : 269.
Intérêt collectif : 264.
Intérêt direct et personnel : 249.
Intérêt direct et personnel - excès de pouvoir : 251.
Intérêt direct et personnel - plein contentieux : 258.
Intérêt direct et personnel - procédure civile : 259.
Intervention : 32, 59, 86, 137.

— J —

Jugement - avant-dire droit : 184, 197.
Jugement - contradictoire et par défaut : 184, 191.
Jugement - délibéré secret : 157.
Jugement - description formelle : 152.
Jugement - interlocutoire : 185.
Jugement - juges devant rendre le... : 154.
Jugement - motifs : 159.
Jugement - motifs et arguments : 162.
Jugement - préparatoire : 185.
Jugement - publicité : 153.
Juridictions de droit commun et d'attribution : 336.

— M —

Motifs : v. Jugement.
Moyens : 96, 107, 119.

— N —

Nullités : 285.

— O —

Objet : 34, 87.
Omission de statuer : 120.
Opposition : 166, 200.
Orale (procédure) : 281.
Ordre public - moyens d' : 110.

— P —

Parties : 30, 39, 85, 136.
Pouvoir de statuer : 112, 313, 333.
Pouvoir de statuer - caractère des règles relatives au... : 343.
Pouvoir de statuer - harmonisation des règles relatives au... : 347.
Pouvoir de statuter - *ratione loci :* 313, 340.
Pouvoir de statuer - *ratione materiæ :* 335.
Preuve : 361.
Preuve - charge de la... : 378.
Preuve - modes de... : 392.
Preuve - pouvoirs du juge : 369.

— Q —

Qualité : v. Intérêt direct et personnel, v. également, 263 et Intérêt collectif.
Quorum : 156.

— R —

Recours pour excès de pouvoir et plein contentieux - cloisonnement : 49.

Rectification d'erreur matérielle : 208.
Récusation : 353.
Référé : 303.
Règle générale de procédure : 5, 440.
Règlement de juges : 348.
Requête civile : 201.
Renvoi pour suspicion légitime : 354.
Représentants des parties : 289.
Révision : 204.

— S —

Secret (délibérations) : 157.
Sursis : 303, 315, 317.

— T —

Tierce opposition : 131.
Tierce opposition - effets : 138.
Tierce opposition - excès de pouvoir : 133.
Tierce opposition - recevabilité : 136.

— U —

Ultra petita : 120.
Urgence : 303.

— V —

Vérification d'écritures : 403.
Visite des lieux : 398.

Vu,
*Le Doyen de la Faculté :*
Michel-Henry FABRE.

Vu,
*Le Président de la thèse :*
Jean BOULOUIS.

Vu et permis d'imprimer,
*Le Recteur de l'Académie :*
Jules BLACHE.

# *Table des Matières*


PRÉFACE ..... I
INTRODUCTION ..... 1

PREMIÈRE PARTIE

LA FIXATION DU CADRE DE L'INSTANCE PAR LES PARTIES. 11

TITRE PREMIER. — L'ORIGINE PRIVÉE DE L'INSTANCE ET LES LIMITES DE L'INSTANCE ..... 13

CHAPITRE PREMIER. — *Les pouvoirs du demandeur sont à l'origine de l'instance* ..... 14

*Section I.* — Le demandeur a l'initiative de l'instance ..... 15

*Sous-Section* I. — Lorsque l'administration dispose d'un pouvoir suffisant, elle est défenderesse ..... 16

*Sous-Section* II. — Lorsque l'administration ne détient pas un pouvoir suffisant, elle peut être demanderesse ..... 18

*Section II.* — Le demandeur fixe le cadre de l'instance ..... 20

*Sous-Section I.* — Le cadre de l'instance n'est-il pas déterminé avant le recours en justice du demandeur ..... 21
§ I. — Le préliminaire de conciliation en matière civile. 21
§ II. — La décision préalable en matière administrative. 22
1° Origine et champ d'application de la règle ..... 22
2° Incidences de la règle de la décision préalable sur l'initiative du requérant ..... 23
§ III. — Comparaison des solutions en matière administrative et civile ..... 28

*Sous-Section II.* — Le demandeur est investi du pouvoir de fixer les éléments de l'instance ..... 30
§ I. — Les éléments subjectifs de l'instance ..... 30
1° Fixation normale par le demandeur ..... 30
2° Introduction volontaire d'autres personnes dans l'instance : Intervention ..... 32
§ II. — Les éléments objectifs de l'instance ..... 33
1° Définition de l'objet et de la cause ..... 34
2° Détermination des éléments objectifs ..... 35

CHAPITRE II. — *Les pouvoirs du demandeur s'épuisent dans l'instance* ..... 41

*Section I.* — Le cadre de l'instance fixé originairement par le demandeur empêche toute extension démesurée du débat. 42

*Sous-Section I.* — Pouvoirs respectifs du demandeur et des autres parties dans l'instance principale : le principe de l'immutabilité du litige ..... 43
§ I. — Origine du principe de l'immutabilité du litige .... 43
§ II. — Conditions d'exercice des demandes incidentes .. 46
1° La possibilité pour l'auteur de l'instance principale de former une demande incidente ..... 46
2° La possibilité pour les acteurs dans l'instance principale de former une demande incidente ..... 52

*Sous-Section II.* — Pouvoirs respectifs du demandeur et des autres parties dans les instances dérivées ..... 65
§ I. — Pouvoirs respectifs des parties dans l'instance dérivée en appel ..... 66
1° Les pouvoirs du demandeur en appel et le recours incident ..... 66
2° La théorie des demandes nouvelles ..... 83
§ II. — Pouvoirs respectifs des parties dans l'instance dérivée en cassation ..... 106
1° L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant le juge de cassation ..... 107
2° La recevabilité exceptionnelle des moyens nouveaux devant le juge de cassation ..... 109

*Section II.* — Le cadre de l'instance fixé originairement par le demandeur dicte la portée de la solution donnée ..... 118

*Sous-Section I.* — Le cadre de l'instance s'impose au juge ..... 119
§ I. — Le juge est lié par le cadre de l'instance ..... 120
1° Le juge ne peut omettre de statuer ..... 120
2° Le juge ne peut statuer en dehors du cadre de l'instance ..... 120
§ II. — La chose jugée est limitée par le cadre de l'instance. 122
1° L'exception de chose jugée et celle de demande nouvelle sont appelées à jouer dans des instances différentes ..... 123
2° Les limites de la demande nouvelle et celles de l'exception de chose jugée ne sont pas les mêmes dans tous les cas ..... 125

*Sous-Section II.* — La protection particulière des tiers compense les effets possibles de l'instance ..... 126
§ I. — Sens et portée de l'autorité relative de la chose jugée. 126
1° Origine du principe ..... 126

2° Champ d'application du principe de la relativité de la chose jugée ..... 128
§ II. — La tierce opposition ..... 131
1° La fonction de la tierce opposition ..... 131
2° La réglementation de la tierce opposition ..... 135

CONCLUSION DU TITRE PREMIER ..... 140

TITRE II. — LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE ET LA GARANTIE DES DROITS ET INTÉRÊTS DES PERSONNES EN CAUSE ..... 141

CHAPITRE PREMIER. — *Les personnes en cause bénéficient de garanties dans le cadre du déroulement de l'instance* ..... 142

*Section I.* — L'instance principale constitue de par son existence une garantie pour les parties ..... 143

*Sous-Section I.* — L'information des parties assure leur protection ..... 143
§ I. — Le droit des parties d'être informées de l'instance. 144
§ II. — Le droit des parties d'avoir une information suffisante dans l'instance ..... 145
1° Conditions d'existence du droit à la communication. 145
2° Etendue du droit à la communication ..... 148
3° Formes de la communication ..... 151
§ III. — Le droit des parties d'être informées après l'instance ..... 151
1° Description formelle du jugement ..... 152
2° Mentions des jugements ou mesures de publicité établissant la régularité de la procédure suivie ..... 152
3° Motivation du jugement ..... 159

*Sous-Section II.* — Les droits de la défense sont protégés par la voie de l'opposition ..... 166
§ I. — L'admission de principe de l'opposition ..... 167
§ II. — Le défaut, condition d'admission de l'opposition. 168
1° Le défaut du demandeur ..... 168
2° Le défaut du défendeur ..... 170
§ III. — Les formes de l'opposition ..... 172
§ IV. — La réforme de l'opposition ..... 173
1° La réforme de l'opposition dans la procédure administrative contentieuse par le décret du 10 avril 1959. 174
2° La réforme de l'opposition dans la procédure civile par le décret du 22 décembre 1958 ..... 175

*Section II.* — Les parties sont investies d'un droit à la prolongation de l'instance principale ..... 176

*Sous-Section I.* — L'instance peut être recommencée devant un juge supérieur. Le principe du double degré de juridiction. 176
§ I. — L'affirmation du principe du double degré de juridiction ..... 177
1° Affirmation du principe par la jurisprudence ..... 178
2° Origine du principe du double degré de juridiction. 180
3° L'appel des décisions arbitrales ..... 180
4° Comparaison des solutions retenues par la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative .... 182

§ II. — Les aménagements du principe du double degré de juridiction ..... 183
1° La nature du jugement de premier ressort est seule opérante ..... 184
2° La renonciation par les parties au double degré de juridiction. Le principe du double degré est-il d'ordre public? ..... 187
*Sous-Section II.* — L'instance peut être contrôlée par un juge supérieur : l'existence du recours en cassation ..... 192
§ I. — L'élaboration du principe de pourvoi en cassation. 193
§ II. — Les modalités d'application du principe de pourvoi en cassation ..... 196
1° Le recours en cassation n'est recevable que si les ressources de l'instance principale ont été épuisées .... 197
2° Le recours en cassation n'est recevable que si les ressources des instances dérivées ont été épuisées. 199

CHAPITRE II. — *L'arrêt du déroulement de l'instance par les personnes en cause est possible* ..... 213

*Section I.* — Le désistement ..... 214
*Sous-Section I.* — La forme du désistement ..... 214
§ I. — Les différentes formes de désistement ..... 214
1° En procédure civile ..... 215
2° En procédure administrative contentieuse ..... 215
3° Appréciation de la divergence de jurisprudence des deux ordres de juridictions ..... 217
§ II. — Les conditions de forme du désistement ..... 218
*Sous-Section II.* — L'extinction du lien d'instance par le désistement ..... 218
§ I. — Caractère bilatéral ou unilatéral du désistement. 219
1° Le désistement est, en principe, bilatéral ..... 219
2° L'intervention du juge peut donner efficacité au désistement unilatéral ..... 222
§ II. — L'effet relatif du désistement ..... 223

*Section II.* — L'acquiescement ..... 224
*Sous-Section I.* — Le problème de la validité de l'acquiescement. 225
§ I. — L'acquiescement ne peut se concevoir en dehors d'une instance juridictionnelle ..... 225
1° La doctrine classique ..... 225
2° Critique de la doctrine classique ..... 226
§ II. — La validité de l'acquiescement doit être admise dans le cadre d'une instance juridictionnelle ..... 227
1° L'acquiescement dans le cours de l'instance ..... 227
2° L'acquiescement à la chose jugée ..... 229
*Sous-Section II.* — Les effets de l'acquiescement ..... 232

CONCLUSION DU TITRE II ..... 233

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE ..... 234

## Deuxième Partie

LA SOLUTION DE L'INSTANCE DANS LE CADRE DE LA LOI. 237

TITRE PREMIER. — Le cadre juridique de l'instance s'impose aux parties ..... 241

Chapitre premier. — *La validité de l'instance et la situation juridique des parties* ..... 242

*Section I.* — Eléments de la situation juridique indépendants de la volonté des parties ..... 243

*Sous-Section I.* — L'instance doit avoir un intérêt ..... 243
§ I. — L'instance suppose l'existence d'une contestation. 243
1° La contestation en excès de pouvoir ..... 244
2° Le sens de l'élément contestation dans les deux procédures ..... 245
§ II. — L'instance a pour but la solution de la contestation. 247

*Sous-Section II.* — L'instance doit avoir un intérêt pour les personnes en litige ..... 247
§ I. — L'intérêt dans l'instance principale ..... 248
1° La situation juridique du plaideur doit lui donner intérêt direct et personnel ..... 249
2° Le plaideur doit être atteint dans ses intérêts matériels ou moraux ..... 269
§ II. — L'intérêt dans les instances dérivées ..... 279

*Section II.* — Eléments de la situation juridique dépendants de la volonté des parties ..... 281

*Sous-Section I.* — La part respective de l'élément écrit et de l'élément oral dans l'instance civile et dans l'instance administrative ..... 283
§ I. — Les actes de procédure ..... 283
1° La variété des actes de procédure ..... 284
2° Le caractère relatif de la sanction des imperfections de l'écriture ..... 285
§ II. — Le rôle assigné dans l'instance aux représentants des parties ..... 289
1° En procédure civile ..... 289
2° En procédure administrative contentieuse ..... 290

*Sous-Section II.* — Le cadre temporel de l'instance civile et de l'instance administrative ..... 291
§ I. — Règles techniques régissant les délais dans les deux procédures ..... 292
1° Computation des délais ..... 292
2° Suspension et prorogation des délais ..... 293
3° Expiration des délais ..... 294
4° Règles tenant compte de la situation particulière des parties ..... 294
§ II. — Règles particulières à la procédure administrative contentieuse ..... 297

CHAPITRE II. — *L'existence de l'instance et la situation juridique des parties* ..... 300

*Section I.* — L'effet suspensif et l'existence de l'instance principale ..... 302

*Sous-Section I.* — L'urgence investit le juge d'une compétence particulière ..... 303
§ I. — L'urgence est la source des pouvoirs du juge .... 304
§ II. — Les mesures ordonnées par le juge se situent dans le cadre d'une instance annexe ..... 306
1° La nature des mesures ordonnées découle de l'existence d'une instance principale ..... 307
2° La compétence et la procédure concernant les mesures d'urgence dépendent de l'existence d'une instance principale ..... 312

*Sous-Section II.* — Le problème de la suspension de l'activité de l'une des parties est particulier au Droit administratif .. 317
§ I. — Les conditions de l'octroi de sursis ..... 318
§ II. — La procédure du sursis ..... 320

*Section II.* — L'effet suspensif et l'existence des instances dérivées ..... 321
§ I. — L'effet suspensif en procédure civile ..... 322
§ II. — L'effet suspensif en procédure administrative contentieuse ..... 324

CONCLUSION DU TITRE PREMIER ..... 330

TITRE II. — LE CADRE JURIDICTIONNEL DE L'INSTANCE S'IMPOSE AUX PARTIES ..... 331

CHAPITRE PREMIER. — *Les parties sont soumises aux règles déterminant le pouvoir de statuer du juge* ..... 332

*Section I.* — Le pouvoir de statuer appartient, en principe, à un juge public ..... 333

*Sous-Section I.* — Le mode de choix normal du juge ..... 333
§ I. — La détermination de la catégorie de juridictions compétentes ..... 335
1° Les critères déterminant la nature du litige ..... 335
2° Les critères déterminant la nature de la juridiction .336
§ II. — La détermination du tribunal compétent au sein de la catégorie de juridictions compétentes ..... 339
§ III. — Le caractère des règles relatives au pouvoir de statuer ..... 343
§ IV. — L'harmonisation des règles relatives au pouvoir de statuer ..... 347
1° Le processus d'harmonisation des règles relatives au pouvoir de statuer ..... 348
2° La réforme du décret du 22 décembre 1958 en procédure civile ..... 352

*Sous-Section II.* — Les dérogations au choix normal du juge .. 352
§ I. — La récusation ..... 353
§ II. — Le renvoi pour suspicion légitime ..... 354

*Section II.* — Le pouvoir de statuer peut être attribué exceptionnellement à un juge privé ..... 356

CHAPITRE II. — *Les parties sont soumises aux pouvoirs dont est investi le juge pour statuer* ..... 360

*Section I.* — Le juge dispose de pouvoirs pour établir sa conviction ..... 361

*Sous-Section I.* — L'instruction constitue la phase procédurale fondamentale du déroulement de l'instance ..... 361

§ I. — L'instruction dans la procédure administrative contentieuse ..... 362

1° Le juge dirige les communications ..... 362

2° Le pouvoir de direction du juge est assorti de sanctions ..... 363

§ II. — L'instruction dans la procédure civile ..... 364

1° Les parties dirigent la procédure ..... 365

2° Le juge est tenu informé de la procédure ..... 365

*Sous-Section II.* — L'instruction amène l'établissement de la conviction du juge ..... 366

§ I. — Les pouvoirs du juge dans le domaine des preuves. 369

1° Ce que le juge ne peut faire en aucun cas dans les deux procédures ..... 370

2° Ce que le juge peut faire dans les deux procédures. 373

3° Certains pouvoirs du juge dépendent du caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure ..... 375

§ II. — La charge de la preuve et l'intervention du juge. 378

1° En procédure administrative contentieuse ..... 380

2° En procédure civile ..... 389

3° Comparaison des solutions retenues dans les deux procédures ..... 391

§ III. — Les modes de preuve ..... 392

1° Les incidents relatifs à la preuve ..... 394

2° Les incidents relatifs à la preuve écrite ..... 399

*Section II.* — Le juge dispose de pouvoirs pour donner à sa conviction force juridique ..... 405

*Sous-Section I.* — Le droit commun de l'autorité de la chose jugée ..... 406

§ I. — Le contenu de la chose jugée ..... 406

§ II. — Les effets de la chose jugée ..... 408

*Sous-Section II.* — Le champ d'application particulier de la chose jugée dans les instances dérivées ..... 409

§ I. — Les pouvoirs du juge d'appel ..... 410

1° Le juge est, en principe, saisi par l'effet dévolutif de l'appel de l'entier litige soumis au juge de première instance ..... 410

2° Le juge d'appel peut se saisir du fond du litige soumis au juge de première instance par la voie de l'évocation ..... 416

§ II. — Les pouvoirs du juge de cassation ..... 426

1° Le juge de cassation doit, en principe, s'abstenir de toute incursion dans le domaine des faits ..... 426

2° Le renvoi après cassation découle de la limitation des pouvoirs du juge de cassation ..... 431

CONCLUSION DU TITRE II ..... 434

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE ..... 435

CONCLUSION ..... 437

BIBLIOGRAPHIE ..... 443

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris — 783
Dépôt légal 4e Trimestre 1961

Printed in France

IMPRIMERIE R. CAVILLON
25, Allée Émile-Cossonneau
Clichy-sous-Bois (Seine-&-Oise)
Typographie : R. VANÇON
N° 192 9-10-1961